CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data:...

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 37044/20.09.2019, depusă de ..... SRL, în calitate de lider al asocierii ..... SRL – .. SRL, cu sediul în ....., ..., ..., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin avocat ..., privind procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ”...”, cod CPV 45233140-2, organizată de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 42351/13.09.2019, a raportului procedurii nr. 42260/13.09.2019 și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei clasate pe locul 1 și constatarea inadmisibilității ofertei SC ..... SRL, aceasta fiind inacceptabilă și neconformă.

SC ..... SRL, cu sediul social în ....., ..., ..., ..., ..., ..., județul ....., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin ... și convențional prin ....., cu sediul în ....., ..., ..., ..., ..., unde solicită comunicarea tuturor actelor, în calitate de ofertant câștigător, depune cererea de intervenție nr. ...../..... înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., prin care solicită: admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației ca

nefondată, cu consecința menținerii tuturor actelor emise autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..... SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

În fapt, contestatorul arată că a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire la data de 01.07.2019. De asemenea, în cadrul procedurii de atribuire a depus ofertă compania ..... SRL, având ca subcontractant ... SRL și terț susținător compania ... SA.

Ulterior evaluării ofertelor depuse, autoritatea contractantă a emis comunicarea rezultatului procedurii nr. 42351/13.09.2019 și raportul procedurii nr. 42260/13.09.2019, conform cărora oferta asocierii ..... SRL - ...SRL a fost declarată admisibilă, dar s-a clasat pe locul 2, cu un punctaj total de 99,58 puncte, în timp ce oferta declarată câștigătoare a fost cea prezentată de SC ..... SRL cu un punctaj de 100 puncte.

Totodată, contestatorul arată că oferta sa a avut valoarea de 16.949.058,90 lei, în timp ce oferta declarată câștigătoare a fost în cuantum de 16.848.045,32 lei.

De asemenea, contestatorul arată că potrivit fișei de date a achiziției, criteriul de atribuie a fost *cel mai bun raport calitate-preț,* factorii de evaluare fiind punctați astfel:

i. Prețul ofertei - 70% (punctaj maxim factor: 70),
ii. Perioada de garanție acordată lucrărilor: 10% (punctaj maxim factor: 10),
iii. Metodologie propunere tehnică: 20% (punctaj maxim factor: 20).

În ceea ce privește *Metodologia din propunerea tehnică,* punctajul maxim se acordă dacă:

i. este adaptat la caracteristicile specifice ale contractului de lucrări și corelat cu metodologia de executare a lucrărilor;
ii. nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor din structura organizațională a Ofertantului în realizarea controlului calității sunt realiste și foarte clar definite;
iii. prezentarea detaliată a activităților/etapelor realizate, responsabilitățile pentru execuția/gestionarea/ controlul calității și resursele utilizate sunt foarte bine definite, Ofertantul demonstrând optimizarea resurselor;
iv. nu există neconcordanțe între graficul general de realizare a investiției publice, activitățile/etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția/ gestionarea/controlul calității și resursele. Modalitatea de acordare a punctajului se regăsește detaliată în Caietul de sarcini.

La data de 17.09.2019, contestatorul arată că a avut acces la dosarul achiziției publice la sediul autorității contractant, iar cu ocazia

studierii dosarului a constatat că evaluarea tehnică a ofertei operatorului economic declarat câștigător nu s-a realizat cu rigoarea prevăzută de legislația în vigoare și în deplină concordanță cu prevederile documentației de atribuire. Consecința directă a iregularităților evaluării ofertei depuse de SC ..... SRL a constat în acordarea unui punctaj mai mare, în detrimentul ofertei sale care ar fi avut astfel șansa declarării ca fiind câștigătoare.

Prin urmare, contestatorul consideră că este îndreptățit să formuleze contestație având în vedere că autoritatea contractantă ar fi trebuit:

i. să excludă oferta depusă de SC ..... SRL sau, cel puțin, să solicite înlocuirea subcontractantului declarat ... SRL, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. c), g) și h) din Legea nr. 98/2016 întrucât acesta nu a dezvăluit în DUAE existența și publicarea în SEAP a 5 documente constatatoare negative care constată neîndeplinirea unor contracte de achiziție publică anterioare și aplicarea unor penalități de întârziere;

ii. să respingă oferta depusă de SC ..... SRL ca inacceptabilă în sensul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 întrucât a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă, respectiv ca neconformă în sensul:

- art. 137 alin. (3) lit. a) întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini,
- art. 137 alin. (3) lit. c) întrucât conține în cadrul propunerii financiare prețuri (...) care nu pot fi justificate,
- art. 137 alin. (3) lit. d) întrucât propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului.

1. Motive de excludere a ofertei ..... SRL

Contestatorul arată că ofertantul câștigător a declarat ca subcontractant compania ... SRL pentru o valoare subcontractată de 0,78% din prețul ofertat. Subcontractarea a fost declarată exclusiv în ceea ce privește lucrările care presupun, conform documentației de atribuire, execuția de către un operator economic care deține acreditarea de către Autoritatea Feroviară Română.

Autoritatea Contractantă a „validat" subcontractantul ...SRL în ciuda faptului că acesta se regăsea în situații de excludere expres prevăzute de lege. Astfel, dintr-o simplă verificare a informațiilor publicate în SEAP, secțiunea *Documente Constatatoare,* se observă că în privința acestui operator economic au fost emise următoarele documente constatatoare de către Consiliul Județean Arad pentru îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor care îi reveneau în temeiul unor contracte de achiziție publică:

- Document constatator nr. 11431/05.08.2016 cu privire la Contractul de servicii nr. 51/12.05.2016 (Anexa 1),
- Document constatator nr. 11432/05.08.2016 cu privire la Contractul de servicii nr. 52/12.05.2016 (Anexa 2),
- Document constatator nr. 11433/05.08.2016 cu privire la Contractul de servicii nr. 53/12.05.2016 (Anexa 3),

- Documentul constatator nr. 11434/05.08.2016 cu privire la Contractul de servicii nr. 54/12.05.2016 (Anexa 4),
- Documentul constatator nr. 11435/05.08.2016 cu privire la Contractul de servicii nr. 58/12.05.2016 (Anexa 5).

Contestatorul învederează faptul că la data depunerii ofertei, inclusiv a formularului DUAE de către subcontractantul ... SRL, documentele constatatoare erau publicate în SEAP, iar, conform art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea 98/2016*, „în cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică: (...) b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant".*

Astfel, contestatorul consideră că subcontractantul ... SRL se află sub incidența următoarelor motive de excludere:

- art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016 întrucât a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea;
- art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016 întrucât operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;
- art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea 98/2016 întrucât operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate.

Contestatorul arată că potrivit art. 202 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, DUAE este o *„declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți”.* Prin urmare, ofertanții au obligația de sinceritate față de autoritatea contractantă la momentul completării declarațiilor DUAE. Astfel cum reține jurisprudența:

„Completarea declarației pe propria răspundere, față de sancţiunea prevăzută de art. 167 alin. 1 lit. h, trebuie să se realizeze cu maximă sinceritate, ofertanții fiind obligați să ofere „informațiile aferente situației lor", complete și reale, chiar dacă nu se regăsesc „în situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016", în sensul de a fi excluși, pentru analizarea acestor aspecte și a relevanței datelor prezentate, urmează a se solicita documente justificative, însă regula este de a oferi informațiile corespunzătoare situației fiecărui ofertant” (Sentința civilă nr. 1539/07.03.2018 a Tribunalului ..... – Anexa 6) .

”Completarea declarației pe propria răspundere este considerată de legiuitor, față de sancțiunea expresă și imperativă, un "test de sinceritate" (...) Completarea declarației pe propria răspundere, față de sancțiunea

prevăzută de art. 167 alin. 1 lit. h, trebuie să se realizeze așadar cu maximă și totală sinceritate, lealitate, corectitudine, echitate în afaceri, ca elemente ale bunei-credințe, ofertanții fiind obligați să ofere „toate informațiile aferente situației lor", așadar informații reale, corecte și complete” (Decizia civilă nr. 4211/08.08.2018 a Curții de Apel ..... – Anexa 7).

De asemenea, contestatorul arată că obligația de sinceritate are semnificație mai ales atunci când intervine un potențial caz de excludere. Sinceritatea ofertantului în formularul DUAE este primul pas în analiza credibilității acestuia. Dacă furnizează informații false, ofertantul își pierde credibilitatea, nemaiavând posibilitatea răsturnării cazului de excludere:

”ofertantul este obligat să aducă la cunoștința autorității contractante nu numai orice motiv de excludere pe care îl cunoaște, ci si orice motiv potențial de excludere, fie el real sau aparent. Obligația ofertantului de a face o declarație completă, totală, necondiționată are nu numai rolul de a respecta procedurile de achiziție, ci și de a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, în temeiul art. 171 din lege" (Decizia civilă nr. 4211/08.08.2018 a Curții de Apel ..... – Anexa 7).

„Comportamentul operatorilor economici participanți la o procedură de achiziție, respectiv corectitudinea informațiilor pe care aceștia le prezintă entității contractante (în special completarea DUAE în contextul prevederilor art. 202 din Legea 99/2016) reprezintă elemente esențiale în aprecierea existenței cazurilor de excludere care vizează situația personală a acestora" (Decizia civilă nr. 1492/04.09.2018 a Curții de Apel Târgu Mureș – Anexa. 8).

Astfel, contestatorul precizează că prin neindicarea în DUAE a existenței celor 5 documente constatatoare negative, subcontractantul ... SRL a furnizat informații false autorității contractante.

Mai mult decât atât, cele cinci documente constatatoare probează caracterul grav și repetat al neîndeplinirii obligațiilor contractuale de către ... SRL, conform art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016.

Or, autoritatea contractantă a nesocotit această cauză obligatorie de excludere a operatorului economic din procedura de atribuire, deși toate cele cinci documente constatatoare au caracter public, fiind publicate de autoritățile contractante pe Sistemul Electronic de Achiziții Publice („SEAP") - www.e-licitatie.ro.

Contestatorul arată că art. 169 din Legea nr. 98/2016 prevede că: *„Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire".*

Ca atare, autoritatea contractantă putea și trebuia să excludă ... SRL. din procedura de atribuire, respectiv să respingă ca inacceptabilă oferta ..... SRL drept inacceptabilă.

2. Motive de inacceptabilitate a ofertei depuse de SC ..... SRL.

Contestatorul susține că oferta depusă de SC ..... SRL este inacceptabilă în conformitate cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr.

395/2016 întrucât nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

Ofertantul declarat câștigător nu îndeplinește singur nicio cerință de calificare

Contestatorul arată că SC ..... SRL a invocat susținerea terțului ... SA pentru a demonstra îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară.

Or, conform art. 182 din Legea 98/2016:

„(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.

(2) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament".

De asemenea, conform art. 48 din HG nr. 395/2016:

„(1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională, invocând suportul unui/unor terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate. Subcontractanții pe a căror capacități ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) terțul/terții susținător(i) pot dovedi că dețin resursele invocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;

b) ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant".

Astfel, contestatorul menționează că cerința legii este neîndoielnică în ceea ce privește faptul că terțul susținător trebuie să desfășoare efectiv lucrările în legătură cu care acordă susținerea. Prin urmare, singura concluzie care se impune este că lucrările aferente contractului de achiziție publică din speță pot și trebuie să fie executate numai de către terțul … SA care devine astfel un real subcontractant.

Or, într-o astfel de ipoteză, este evident că SC ..... SRL subcontractează în realitate toate lucrările care fac obiectul contractului de achiziție publică, ceea ce contravine prevederilor legislației în vigoare.

Astfel, contestatorul arată că potrivit art. 193 alin. (3) din Legea 98/2016, *„În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare".* O subcontractare integrală a contractului ar conduce, practic, la o înlocuire artificială a ofertantului cu subcontractantul, ceea ce nu poate fi acceptat.

Mai mult decât atât, contestatorul susțin că angajamentul ferm al terțului susținător … SA nu cuprinde nicio referință la resursele tehnice, materiale și/sau umane pe care acesta le poate mobiliza în execuția lucrărilor.

În ipoteza în care execuția lucrărilor ar fi realizată de către SC ..... SRL, nu poate fi omis din vedere faptul că acesta nu deține nici experiența profesională necesară și nici resursele aferente pentru execuția contractului.

Contestatorul arată că din datele publicate pe site-ul Ministerului Finanțelor, rezultă că acest operator economic a avut la nivelul anului 2018 un număr mediu de 20 de salariați, ceea ce demonstrează pe deplin lipsa capacității tehnice și profesionale de a executa contractul de achiziție publică.

SC ..... SRL nu a demonstrat accesul la un laborator autorizat

Prin urmare, contestatorul precizează că autoritatea contractantă ar fi trebuit să observe inacceptabilitatea ofertei depuse de SC ..... SRL pentru motivele arătate anterior.

Contestatorul arată că în clarificarea nr. 1 (nr. 29.106/24.06.2019), pct. 1, autoritatea contractantă a solicitat prezentarea unui acord cu un laborator autorizat. În propunerea tehnică a ofertantului SC ..... SRL (pag. 511 - 513), este prezentată autorizația laboratorului ... S.R.L., însă lipseşte acordul/contractul de punere la dispoziţia ofertantului.

3. Motive de neconformitate a ofertei depuse de SC ..... SRL

În continuare, contestatorul arată că în privința ofertei depuse de SC ..... SRL sunt incidente motive de neconformitate. În absența reținerii de către autoritatea contractantă a neconformităților propunerii tehnice,

contestatorul consideră că punctajul acordat ofertei câștigătoare este eronat și se impune a fi remediat.

În ceea ce privește graficul Gantt:

Contestatorul arată că potrivit caietului de sarcini (pag. 23, pct. iii):

„Pentru a demonstra corelarea punctelor de realizare a investiției cu responsabilitățile pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele utilizate, se va prezenta un Grafic tip Gantt din care să rezulte succesiunea și interrelaționarea activităților și subactivităților, precum și punctele-cheie de control - "jaloanele" proiectului, care vor deveni puncte cheie în managementul contractului, în baza lor putând fi emise situații de lucrări intermediare;

Graficul trebuie să ofere elementele necesare evaluării dacă planificarea ofertantului cu privire la implementarea contractului este realistă, dacă graficul Gantt reflectă o planificare a activităților care este corelată cu oferta depusă, respectiv cu metodologia de execuție, planul de siguranță, planul de asigurare a calității, propunerea financiară și alte aspecte aferente modului de implementare a contractului (descrise în propunerea tehnică), pentru a oferi o asigurare rezonabilă, de la momentul evaluării ofertei, asupra faptului că ofertantul are capabilitatea și abilitățile necesare pentru a finaliza lucrările la timp și în conformitate cu cerințele caietului de sarcini și clauzelor contractuale, precum și în corelație cu abordarea asumată prin propunerea sa tehnică. Astfel, planificarea trebui să detalieze de o manieră coerentă:

- *durata și succesiunea principalelor activități,*
- *jaloanele etapelor de planificare și execuție (cum ar fi: fazele determinante - în cazul contractelor de lucrări care au ca obiect execuția acestora pe baza proiectului pus la dispoziție de beneficiar; momentele intervenției specialiștilor și întreruperea planificată a activității din motive de timp nefavorabil).*
- *comisia de evaluare trebuie apoi să analizeze dacă ofertantul respectă cerințele și principalele ipoteze precizate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, precum și să stabilească, pe baza raționamentului profesional, dacă planificarea ofertantului este realistă și corelată cu metodologia de execuție și planul propriu de alocare a resurselor (acestea putând fi umane, materiale, inclusiv suportul oferit de personalul permanent (denumit generic backstopping) al organizației ce constituie operatorul economic care are calitatea de ofertant)".*

Contestatorul susține că în graficul Gantt prezentat de SC ..... SRL nu se regăsește „succesiunea și interrelaționarea activităților și subactivităților" și nici „punctele-cheie de control - "jaloanele" proiectului care vor deveni puncte cheie în managementul contractului". Elementele și planificarea propuse de SC ..... SRL nu sunt realiste având în vedere următoarele aspecte:

a. Rețeaua de canalizare pluvială, care interrelaționează direct cu tronsonul 2, începe în data de 02.11.2020 și durează până pe data de 23.06.2021;

b. Branșamentul de apă al fântânii arteziene, care interrelaționează direct cu tronsonul 2, începe în data de 15.01.2021 și durează până la data de 23.03.2021;

c. Rețeaua electrică, care interrelaționează direct cu tronsonul 2, începe pe data de 26.11.2020 și durează până la data de 17.03.2021.

Toate lucrările menționate la lit. a, b și c se vor executa pe lungimea Tronsonului 2 care, conform Graficului Gant prezentat de SC ..... SRL începe în data de 01.06.2020 și durează până la data de 28.10.2020, având în vedere că lucrările care conțin activități de săpătură, montare canalizare pluvială, montare rețea de apă, montare rețea electrică și umplutură, au fost planificate de către ofertant după terminarea lucrărilor la Tronsonul 2, când asfaltarea și marcajul sunt finalizate. Din acest motiv, contestatorul susține că graficul Gant prezentat de către SC ..... SRL necesită lucrări ce constau în spargerea/frezarea asfaltului nou așternut, reasfaltare și refacerea marcajului rutier pe porțiunea cu lucrări de canalizare aferentă Tronsonului 2 care ar fi finalizată în 28.10.2020, ceea ce determină concluzia că elementele și planificarea prezentate de către ofertantul declarat câștigător nu sunt realiste și acceptabile.

Totodată, în sprijinul concluziei de mai sus, contestatorul a observat că în accepțiunea propunerii tehnice a ofertantului declarat câștigător, *finisajele fântânii arteziene încep în data de 26.11.2020 și durează până la data de 18.01.2021.*

Contestatorul arată că potrivit graficului Gantt, lucrările de finisare a fântânii arteziene se vor face în lunile de iarnă, perioadă care cere măsuri speciale pentru continuarea lucrărilor sau oprirea lor. În conformitate cu prevederile reglementării tehnice Normativ pentru realizarea pe timp friguros a lucrărilor de construcții și a instalațiilor aferente, indicativ C 16-84 (BC 6/1985), investitorii, proiectanții și executanții lucrărilor de construcții au obligația de a lua măsuri speciale în realizarea lucrărilor de construcții în perioada cu temperaturi scăzute, considerată a fi intervalul cuprins între 15 noiembrie și 15 martie. Conform C16-1984, punctul 1.6., perioada 15 noiembrie-15 martie este considerată „perioadă convențională de timp friguros": apare probabilitatea ca zilele friguroase să depășească 90% din interval. Zi friguroasă se consideră ziua în care temperatura aerului exterior este inferioară valorii de 5 °C și nu există tendință de urcare. Contestatorul susține că SC ..... SRL nu a prevăzut măsuri speciale pentru realizarea construcţiei în graficul Gantt sau în metodologia prezentată.

Contestatorul precizează că drumul critic nu este evidențiat pe toată durata de execuție, așa cum se cere în caietul de sarcini la pag. 24 Cerințe de adaptare la contextul dat-evaluare bazată pe raționament profesional lit. c). Conform ofertei SC ..... SRL, drumul critic începe din 02.11.2020 și se termină la data de 26.03.2021, deși data de începere ar fi trebuit să fie 02.09.2019.

Astfel, contestatorul arată că drumul critic reprezintă o succesiune de activități ce trebuie completate la timp pentru ca întregul proiect să fie terminat conform programului stabilit. Dacă dată finală a proiectului a fost depășită, înseamnă că cel puțin o activitate critică nu a fost terminată la timp. Se poate ca o serie de activități să întârzie, însă întregul proiect să fie terminat la timp, deoarece activitățile nu erau critice. Pe de altă parte, dacă proiectul rămâne în urmă, atribuirea activităților non-critice de resurse suplimentare nu vor contribui la terminarea proiectului înainte de

termenul limită. Drumul critic poate fi calculat numai dacă la toate activitățile le-a fost determinată succesiunea. Indiferent de gradul de complexitate al proiectului, întotdeauna există activități care pot fi completate mai devreme sau mai târziu fără a periclita termenul limită.

De asemenea, contestatorul susține că graficul Gantt prezentat de ofertantul declarat câștigător nu are prevăzută perioada de mobilizare, așa cum se cere în caietul de sarcini la pag. 25 Cerințe de adaptare la contextul dat-evaluare bazată pe raționament profesional lit. a).

Graficul Gantt prezentat de ofertantul declarat câștigător nu are prevăzută întreruperea planificată a activității în timpul iernii (întreruperea planificată a activității din motive de timp nefavorabil, menționată în caietul de sarcini la pag. 23).

Conform ofertei SC ..... SRL, contestatorul arată că lucrările pe tronsonul 1 se desfășoară între data de 02.09.2019 și data de 24.01.2020, ceea ce presupune că lucrările de suprastructură, așternere a asfaltului și realizarea marcajului rutier se vor face în lunile de iarnă, perioada care cere măsuri speciale pentru continuarea lucrărilor sau oprirea lor. În conformitate cu prevederile reglementării tehnice Normativ pentru realizarea pe timp friguros a lucrărilor de construcții și a instalațiilor aferente, indicativ C 16-84 (BC 6/1985), contestatorul menționează că investitorii, proiectanții și executanții lucrărilor de construcții au obligația de a lua măsuri speciale în realizarea lucrărilor de construcții în perioada cu temperaturi scăzute, considerată a fi intervalul cuprins între 15 noiembrie și 15 martie. Conform C16-1984, punctul 1.6., perioada 15 noiembrie-15 martie este considerată „perioadă convențională de timp friguros": apare probabilitatea ca zilele friguroase să depășească 90% din interval. Zi friguroasă se consideră ziua în care temperatura aerului exterior este inferioară valorii de 5 °C și nu există tendință de urcare. Contestatorul susține că SC ..... SRL nu a prevăzut măsuri speciale pentru realizarea construcției pe timp de iarnă în graficul Gantt sau în metodologia prezentată.

Contestatorul arată că aceeași concluzie se impune și în ceea ce privește:

- planificarea lucrărilor la sensul giratoriu suplimentar care, conform propunerii tehnice a SC ..... SRL, se desfășoară între data de 04.11.2019 și data de 28.01.2019;
- lucrările pe tronsonul 4 care se desfășoară între data de 29.10.2020 și data de 27.01.2021;
- lucrările pe tronsonul 5 care se desfășoară între data de 01.12.2020 și data de 24.02.2021.

Astfel, contestatorul susține că nici în ceea ce privește aceste activități, SC ..... SRL nu a prevăzut măsuri speciale pentru realizarea construcției pe timp de iarnă în graficul Gantt sau în metodologia prezentată.

Contestatorul arată că perioada de execuție a lucrărilor prevăzută în graficul Gantt de către SC ..... SRL a fost de 410 zile lucrătoare, 18,6 luni, deși în caietul de sarcini la pag. 26 durata de execuție prevăzută este de 18 luni. Se poate observa că ofertantul declarat câștigător nu a prevăzut în graficul Gantt perioada de mobilizare și perioada de

întrerupere pe durata iernii, ceea ce crește considerabil durata execuției, care deja depășește limita impusă prin caietul de sarcini.

De asemenea, contestatorul precizează că SC ..... SRL a respectat doar formal cele 900 de ore de funcționare a frezei rutiere pe tronsonul 1, așa cum era prevăzut în lista de cantități din documentația de atribuire, însă în lista de utilaje din anexa 1 la contractul de închiriere utilaje (pag. 517 din oferta SC ..... SRL) se regăsește doar o freză. Luând în considerare datele extrase din oferta tehnică și financiară, rezultă un număr de 112.5 zile de activitate a frezei rutiere (900 ore/8 ore" = 112.5 zile), mai mare cu 7.5 zile față de perioada de 105 de zile prevăzută pentru tronsonul 1 în graficul Gantt. Dacă se adaugă lucrările imediat următoare, de asfaltare și marcaj rutier, perioada de execuție a lucrărilor pentru tronsonul 1 va crește cu mult peste acele 105 zile din grafic. Prin urmare, propunerea financiară nu este corelată cu cea tehnică.

Totodată, contestatorul precizează că SC ..... SRL a respectat doar formal cele 1200 de ore de funcționare a frezei rutiere pe tronsonul 2 așa cum era prevăzut în lista de cantități din documentația de atribuire, însă în lista de utilaje din anexa 1 la contractul de închiriere utilaje (pag. 517 din oferta SC ..... SRL) se regăsește doar o freză. Luând în considerare datele extrase din oferta tehnică și financiară, rezulta un număr de 150 de zile de activitate a frezei rutiere (1200 ore/8 ore = 150 zile), mai mare cu 42 de zile față de perioada de 108 zile prevăzută pentru tronsonul 1 în graficul Gantt. Dacă se adaugă lucrările imediat următoare, de asfaltare și marcaj rutier, perioada de execuție a lucrărilor pentru tronsonul 2 va crește cu mult peste acele 108 zile din grafic. Și sub această privință, rezultă că propunerea financiară nu este corelată cu cea tehnică.

Contestatorul menționează că SC ..... SRL a respectat doar formal cele 3808 de ore de funcționare a frezei rutiere pe întreg contractul, așa cum era prevăzut în lista de cantități din documentația de atribuire, însă în lista de utilaje din anexa 1 la contractul de închiriere utilaje (pag. 517 din oferta SC ..... SRL), se regăsește doar o freză. Luând în considerare datele extrase din oferta tehnică și financiară, rezulta un număr de 22.75 luni de activitate a frezei rutiere (3808 ore/167.33 ore/lună = 22.75 luni), mai mare cu 4.75 luni față de perioada de 18 luni prevăzută pentru întreg contractul în cerințele autorității contractante. Rezultă cu claritate că propunerea financiară nu este corelată cu cea tehnică.

<u>În ceea ce privește obligația de a prezenta Planul de securitate și sănătate inclusiv al subcontractanților</u>

Contestatorul arată că în clarificarea nr. 1 (nr. 29.106/24.06.2019), pct. 9, se solicită Planul de Securitate și sănătate al contractantului și subcontractanților. <u>Cu toate acestea, Planul de securitate și sănătate al subcontractantului ... SRL lipsește din propunerea tehnică,</u> iar autoritatea contractantă nu a reținut această omisiune în perioada de evaluare a ofertelor.

SC ..... SRL nu a prezentat declarațiile privind condițiile de muncă și protecția muncii

Contestatorul arată că potrivit fișei de date a achiziției, ”*Ofertanții au obligația de a indica în cadrul ofertei tehnice faptul că la elaborarea*

acesteia au ținut cont de obligațiile referitoare la condițiile de muncă și protecția muncii conform Legii privind securitatea și sănătatea în muncă nr. 319/2006, HG nr.1091/2006 privind cerințe minime de securitate și sănătate pentru locul de muncă, O.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului modificată și completată și a Legii nr. 307/2006 privind apărarea împotriva incendiilor, prezentând Declarația privind respectarea condițiilor de muncă, mediu și sănătate pentru locul de muncă. Informații suplimentare legate de acest subiect pot fi obținute de la Inspectoratele Teritoriale de Muncă în a cărui rază teritorială își au sediul operatorii economici. Se vor respecta condițiile de mediu, sociale și cu privire la relațiile de muncă pe toată durata de îndeplinire a contractului de lucrări".

SC ..... SRL nu a prezentat organigrama solicitată prin documentația de atribuire, deși aceasta era relevantă pentru punctarea unui factor de evaluare

Contestatorul arată că potrivit caietului de sarcini (pct. ii. pag. 23), *"Pentru a demonstra nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor din structura organizațională în realizarea controlului calității, se va completa organigrama formular 1 E (...)".*

Or, prezentarea unui astfel de document era esențială în contextul evaluării ofertelor și punctării acestora.

Astfel, în opinia contestatorului, ofertantul declarat câștigător nu ar fi trebuit să obțină punctajul maxim în ceea ce privește Planul de management al calității lucrărilor (foarte bine - 20 puncte), întrucât nu a prezentat organigrama solicitată expres prin caietul de sarcini. Prin urmare, defavorizarea ofertei societății sale și denaturarea rezultatului procedurii de atribuire este evidentă.

SC ..... SRL și-a completat oferta prin răspunsurile la clarificările solicitate de autoritatea contractantă pe perioada evaluării ofertelor, autoritatea contractantă determinând astfel apariția unui avantaj evident în favoarea ofertantului

Contestatorul susține că prin răspunsul la solicitarea de clarificări adresată de autoritatea contractantă, SC ..... SRL și-a completat, în mod nepermis, oferta. Astfel, prin răspunsul nr. 265 din 07.08.2019, ofertantul a transmis următoarele documente:

1. Listele de cantități pentru execuția lucrărilor fără prețuri,
2. Declarația privind perioada de garanție acordată lucrărilor,
3. Proiectul de contract de lucrări asumat prin semnătură și ștampilă.

Conform art. 209 din Legea 98/2016:

„(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*".*

De asemenea, contestatorul arată că, în cauza C-523/16, CJUE s-a pronunțat astfel:

"Astfel, Curtea a statuat printre altele că o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele achiziției, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, precum și Hotărârea din 11 mai 2017, Archus și Gama, C- 131/16, EU:C:2017:358, punctul 33)".

Prin urmare, contestatorul precizează că lipsa acestor documente din oferta inițială a SC ..... SRL ar fi trebuit să fie sancționată de autoritatea contractantă în condițiile în care conform fișei de date a achiziției, "În cadrul propunerii tehnice ofertanții vor prezenta procedurile de lucru pentru fiecare stadiu fizic al lucrărilor cât și listele de cantități pentru execuția lucrărilor. (...) Se va prezenta perioada de garanție acordată lucrărilor. Odată cu oferta tehnică se va anexa și modelul de contract de lucrări asumat prin semnătură și ștampila pe fiecare pagină".

Absența documentelor anterior menționate nu poate fi considerată o omisiune pur formală, dimpotrivă este esențial ca ofertantul să răspundă cerințelor documentației de atribuire și să depună Listele de cantități pentru execuția lucrărilor fără prețuri. Astfel, este imposibil ca autoritatea contractantă să fi putut evalua complet și corect propunerea tehnică a operatorului economic SC ..... SRL în condițiile în care în punctarea factorului de evaluare plan de management al calității lucrărilor executate se consideră și se punctează maxim prezentarea detaliată a activităților/etapelor realizate, responsabilitățile pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele utilizate foarte bine definite, ofertantul demonstrând optimizarea resurselor. În condițiile în care resursele materiale (liste de cantități) nu au fost incluse în ofertă, fiind ulterior completate de ofertant prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificări, acesta a fost avantajat de autoritatea contractantă, în detrimentul societății sale.

SC ..... SRL nu a prezentat un program detaliat de control al calității

Contestatorul arată că în clarificarea nr. 1 (nr. 29.106/24.06.2019), pct. 8, se solicită Planul Calității însoțit de planul de control al calității. Cu toate acestea, în propunerea tehnică (pag. 29) depusă de ofertantul declarat câștigător, este menționat un program de control al calității fără însă a detalia tipul verificărilor și încercărilor pe parcursul execuției lucrărilor. Documentele prezentate la paginile 30-36 din propunerea tehnică reprezintă doar programul pentru asigurarea urmăririi curente a comportării în timp a lucrării, program de control pe faze determinante, însă în niciun caz acestea nu cuprind detaliile care ar fi trebuit incluse conform cerințelor documentației de atribuire. În absența acestor detalii, autoritatea contractantă nu ar fi putut întreprinde o verificare completă și corectă a ofertei depuse de SC ..... SRL și, în niciun caz, nu ar fi putut să o puncteze cu punctajul maxim în ceea ce privește propunerea tehnică.

Unele dintre prețurile articolelor din oferta SC ..... SRL nu pot fi justificate

În ceea ce privește articolul 20010384 - Amestec pentru stabilizate execuție din nisip cu 7% ciment, contestatorul arată că prețul unitar ofertat este de 98,34 lei/m3. Presupunând că în loc de nisip ar fi același preț ca și pentru balast (balastul fiind mai ieftin decât nisipul conform ofertei SC ..... SRL), și anume 13.92 lei/to (23.66 lei/m3 : 1,7 to/m3 - cel mai mic preț de balast conform extras de materiale C6 prezentat de ofertantul SC ..... SRL), care să includă exploatarea, redevența și transportul acestuia până la stația de preparare, ar rezulta: 1 m3 de amestec stabilizat = 2400 kg (conform listelor de cantități - cantitate de transportat: cantitate de material), de unde ar rezulta:

- 7% ciment = 2400 kg * 7% = 168 kg de ciment
- 168 kg de ciment * 0,45 lei/kg (cel mai mic preț de ciment conform extras de materiale C6 prezentat de ofertantul SC ..... SRL) = 75,60 lei
- 13,92 lei/to * 2,232 to ((2400 kg - 168 kg ciment)/1000) = 31,07 lei
- 31,07 lei (agregate) + 75,60 lei (ciment) = 106,67 lei/m3, cu 8,33 lei mai mare față de prețul din cadrul extrasului de materiale C6 prezentat de ofertantul SC ..... SRL.

Astfel, contestatorul învederează faptul că *materialul 20010380 - Amestec pentru stabilizate execuție din balast* cu 6% ciment are un preț mult mai mare deși în componența acestuia procentajul de ciment este mai mic, iar balastul este mai ieftin decât nisipul.

De asemenea, în cadrul extrasului cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții (formular C8), se poate vedea că deși utilajul 1342A - Autocisterna pa de 8-10T are consum orar (i.e. 3.808,000 ore), nu se regăsește și un preț unitar. De asemenea, utilajul - Freza rutiera cu tractor pe senile de 50 cp (sub 37 KW) are același consum orar, dar în schimb are și un tarif de 0,03 lei/oră.

Aspectele anterior menționate demonstrează faptul că ofertantul SC ..... SRL nu a cotat corespunzător resursele de care are nevoie în execuția contractului. Chiar considerând un consum de cel puțin 1 l motorină pentru 1 oră de funcționare (consum care este mult sub necesarul pentru utilaje de asemenea capacitate), aceste utilaje ar fi trebuit să aibă un tarif de cel puțin echivalentul unui litru de motorină.

În concluzie, pentru motivele arătate anterior, contestatorul solicită admiterea contestației, anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 42351/13.09.2019, a raportului procedurii nr. 42260/13.09.2019 și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei clasate pe locul 1 și constatarea inadmisibilității ofertei SC ..... SRL, aceasta fiind inacceptabilă și neconformă.

Prin adresa nr. 44012/24.09.2019 înregistrată la Consiliu sub nr. 37573/24.09.2019, ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de ..... SRL.

Autoritatea contractanta consideră că, în derularea procedurii în cauză, a respectat toate prevederile legale în vigoare, acest lucru fiind demonstrat prin informațiile indicate în cadrul proceselor intermediare de

evaluare, precum și a clarificărilor și răspunsurilor aferente. În continuare, autoritatea prezintă punctul de vedere pentru fiecare motiv invocat de către operatorul economic care a formulat contestația:

1. Cu privire la documentele contestatoare pentru subcontractantul ... SRL, anexate la contestație, autoritatea contractantă menționează că acestea reflectă întârzieri în prezentarea livrabilului final către autoritatea contractantă, conform fiecărui contract, pentru care, conform contractului a fost penalizat prin plata unor penalități de întârziere.

Astfel, autoritatea contractantă observă că nu este menționat nicăieri în aceste documente, faptul că ... SRL nu și-a dus la bun sfârșit contractele, sau că serviciile prestate nu au fost conforme și acceptate de către Beneficiar.

În opinia autorității contractante nu sunt aplicabile prevederile art. 167 alin. (1) lit. c), g) și h), deoarece ... SRL:

a. Nu a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea și nici nu a creat o suspiciune în acest sens;

b. Nu și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, ci doar a întârziat în predarea unui livrabil conform unui contract de achiziții publice de servicii, fapt pentru care a fost penalizat pentru zilele de întârziere, achitând fără obiecțiuni suma respectivă, în documentele anexate contestației fiind menționat acest lucru.

c. operatorul economic nu s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție. Având în vedere că livrabilele contractelor respective au fost acceptate de către autoritate și achitate facturile pentru prestarea serviciilor, operatorul economic nu avea obligația de a declara în DUAE faptul că au fost întârzieri pentru care a achitat penalități conform contractului.

În plus, autoritatea contractantă precizează că la o simplă căutare în SEAP la documente constatatoare, pentru firma ... SRL nu se returnează niciun rezultat. Mai mult, documentele constatatoare invocate de către contestator nu probează caracterul grav și repetat al neîndeplinirii obligațiilor contractuale, ci doar o întârziere a prezentării livrabilului final în urma prestării serviciilor (care poate fi cauzat inclusiv de factori ce nu țin de ofertantul respectiv și nu pot fi controlate), restul obligațiilor contractuale fiind respectate, inclusiv cea de plată a penalizărilor de întârziere, serviciul fiind prestat și acceptat de către beneficiar, acesta din urmă fiind obligat de lege, potrivit art. 166 alin. (1) lit. c) din HG nr. 395/2016, de a emite documente constatatoare, *pentru contractele de servicii de proiectare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării prestării serviciilor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la dala încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor proiectate.*

2. Ofertantul SC ..... SRL a invocat susținerea terțului ...SA conform art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Autoritatea contractantă precizează că afirmația contestatorului „Ofertantul declarat câștigător nu îndeplinește singur nici o cerință de calificare", fapt pentru care acesta consideră că „oferta depusă de ..... SRL trebuie declarată inacceptabilă în conformitate cu art. 137, alin. (2), lit. b) din HG 395/2016 întrucât nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă", nu are bază și nici justificare, întrucât legiuitorul permite susținerea tehnică a unui ofertant, conform art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, astfel încât să permită oricărei firme să poată participa, punând accent pe principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică conform art. 2 din legea anterior menționată. Astfel motivul invocat de contestator că ofertantul nu îndeplinește singur nicio cerință de calificare nu are bază legală. Mai mult, contravine principiilor Legii nr. 98/2016 care permite susținerea tehnică sau financiară a unui ofertant.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că societatea contestatoare invocă și art. 48 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, într-un mod eronat, în sensul că *„singura concluzie care se impune este că lucrările aferente contractului de achiziție publică din speță pot și trebuie să fie executate numai de către terțul ... S.A. care devine astfel un real subcontractant”*. Modul în care este formulată această frază demonstrează clar neînțelegerea sensului legislației achizițiilor publice de către contestator, în sensul că un terț susținător nu poate deveni subcontractant - un terț, după cum este prezentat și în angajamentul ferm, susține o firmă cu experiența similară (cum este și în acest caz), și intervine prin asumarea răspunderii doar în cazul în care ofertantul pe care-l susține nu își mai poate îndeplini obligațiile contractuale.

Astfel, autoritatea contractantă arată că alin. (1) al articolului anterior menționat și invocat, stipulează clar că doar un subcontractant pe baza căruia ofertantul își demonstrează îndeplinirea cerinței cu privire la experiența similară este considerat și terț susținător, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.

Alin. (2), lit. b) al articolului anterior menționat și invocat nu se aplică, având în vedere că susținerea este strict pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, iar acordul ferm de susținere respectă cerințele legale, nefiind puse la dispoziția ofertantului alte resurse necesare îndeplinirii contractului.

În plus, autoritatea contractantă menționează că o firmă care activează în domeniul construcțiilor, dispune de o fluctuație a personalului în funcție de numărul și complexitatea contractelor de lucrări aflate în desfășurare, având o bază de personal permanent (de obicei personalul administrativ, de ofertare, și inginerii constructori cu rol de manageri de proiecte/șef șantier, precum și inginerii constructori cu rol de specialiști), restul de personal fiind contractat în funcție de nevoia reală la un anumit

moment. Din punctul de vedere al autorității contractante, în respectarea cerințelor așa cum au fost formulate prin documentația de atribuire, au fost respectate prin prezentarea documentelor conforme.

3. În ceea ce privește susținerea contestatorului că ofertantul SC ..... SRL nu a demonstrat accesul la un laborator autorizat, autoritatea contractantă arată că, așa cum precizează și contestatorul, în clarificarea nr. 1 (nr. 29.106/24.06.2019), punctul 1, a solicitat prezentarea unui acord cu un laborator autorizat.

Având în vedere că în propunerea tehnică a ofertantului SC ..... SRL (paginile 511 - 513), este prezentată autorizația laboratorului SC ... SRL, la pagina 39 a declarat că „va efectua, într-un laborator autorizat, toate încercările și determinările cerute de prezentul Caiet de Sarcini și orice alte încercări și determinări cerute de Consultant", iar în planul calității aplicat la lucrare (pagina 29) conform ISO 9001, acesta a precizat la punctul 4.9.3.1 LABORATOARE ACREDITATE PENTRU EFECTUAREA ANALIZELOR ȘI ÎNCERCĂRILOR: Laborator acreditat pentru efectuarea analizelor și încercărilor: Laborator de analize și încercări în construcții - gr. II- SC ... SRL - Jud. ..., autoritatea contractantă a considerat cerința minimă ca fiind îndeplinită.

4. Cu privire la susținerile contestatorului potrivit cărora graficul Gantt prezentat de SC ..... SRL nu este corect structurat, nu a prevăzut măsuri speciale pentru realizarea construcției pe timp de iarnă, perioada de execuție, autoritatea contractantă precizează că graficul Gantt prezentat de SC ..... SRL reprezintă o diagramă care ilustrează activitățile din proiect, desfășurate în timp, indicând timpii de începere și respectiv de finalizare, precum și durata acestor activități. Graficul Gantt prezentat a fost interpretat de autoritatea contractantă împreună cu graficul de execuție prezentat în cadrul ofertei tehnice la pagina 521, grafic de execuție care se întinde pe o perioadă de 18 luni de zile conform cerinței din documentația de atribuire.

În ceea ce privește susținerea contestatorului potrivit căreia perioada de execuție a lucrărilor prevăzută în Graficul Gantt de către ..... SRL a fost de 410 zile lucrătoare, respectiv 18,6 luni, deși în caietul de sarcini la pagina 26 durata de execuție prevăzută este de 18 luni, autoritatea contractantă menționează faptul că în graficul de la pagina 521 din oferta tehnică depusă de SC ..... SRL perioada de execuție a lucrărilor este 18 luni. Durata de 18 luni se regăsește și în Planul Calității aplicat la lucrare (pagina 21 din oferta tehnică depusă), punctul 4.3.4. DURATA DE EXECUŢIE A CONTRACTULUI / LUCRĂRILOR /GARANŢIA ACORDATĂ: 18 LUNI conform grafic de execuție. Coroborând graficul de execuție cu Graficul Gantt, se observă că cele 410 zile menționate în grafic sunt zile calendaristice și nu zile lucrătoare așa cum menționează contestatorul.

6. Referitor la susținerea contestatorului că propunerea financiară nu este corelată cu propunerea tehnică datorită faptului că în propunerea tehnică este declarată o freză cu care nu se pot executa lucrările pe cele 6 tronsoane datorită numărului de ore de funcționare declarate în oferta financiară, autoritatea contractantă menționează că prin clarificările transmise în etapa depunerii ofertelor a fost indicată posibilitatea ofertanților de a folosi propriile consumuri de materiale, manoperă, utilaje

și transport, cu respectarea cerințelor cantitative și calitative prevăzute în caietele de sarcini și proiectul tehnic și în concordanță cu actele normative și reglementările în vigoare.

Autoritatea contractantă precizează că în cadrul documentației a fost solicitată la nivel declarativ forma de deținere a utilajelor și nu a fost solicitat un anumit număr, iar prin faptul că în oferta tehnică la pagina 517 se regăsește o singură freză, nu înseamnă că ofertantul nu poate suplimenta utilajele în vederea realizării contractului sau nu poate executa contractul.

Mai mult, autoritatea arată că la pagina 13 din oferta tehnică ofertantul declară că: *„.... va avea grijă la înțelegerea și satisfacerea cerințelor exprimate de client prin proiectul de execuție și caietul de sarcini; asigurarea infrastructurii, utilajele necesare și personalul calificat /competent pentru realizarea acestei lucrări..."* și că dispune de utilaje și echipamente proprii, precum și utilaje conform Anexa 1 la Contractul nr. 16/19.06.2019 (CONTRACT DE ÎNCHIRIERE UTILAJE SAU MIJLOACE DE TRANSPORT PT. CONSTRUCŢIE). În concluzie, autoritatea contractantă a apreciat cerința minimă ca fiind îndeplinită și consideră că acesta poate executa contractul.

7. Cu privire la susținerea contestatorului potrivit căreia SC ..... SRL nu a prezentat declarații privind condițiile de muncă și protecția muncii, autoritatea contractantă arată că potrivit fișei de date ofertanții au obligația de a indica în cadrul ofertei tehnice faptul că la elaborarea acesteia au ținut cont de obligațiile referitoare la condițiile de muncă și protecția muncii conform Legii privind securitatea și sănătatea în muncă nr. 319/2006, HG nr. 1091/2006 privind cerințe minime de securitate și sănătate pentru locul de muncă, O.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului modificată și completată și a Legii nr. 307/2006 privind apărarea împotriva incendiilor, prezentând Declarația privind respectarea condițiilor de muncă, mediu și sănătate pentru locul de muncă. Informații suplimentare legate de acest subiect pot fi obținute de la Inspectoratele Teritoriale de Muncă în a cărui rază teritorială își au sediul operatorii economici.

Autoritatea contractantă arată că în cadrul ofertei tehnice, la pag. 469, ofertantul a declarat că *„la elaborarea propunerii tehnice a ținut cont de respectarea reglementărilor specifice din domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă, în conformitate cu art. 51, din Legea 98/2016*" - cerința minimă fiind îndeplinită. De asemene, autoritatea contractantă arată că tot în cadrul ofertei tehnice, la pag. 42, ofertantul a declarat că *„Pe durata executării lucrărilor se vor respecta normele tehnice ale securității, protecției și igiena muncii, prevăzute de actele normative în vigoare*" - cerința minimă fiind îndeplinită.

8. În ceea ce privește susținerea contestatorului potrivit căreia SC ..... SRL nu a prezentat organigrama solicitată prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă arată că potrivit documentației de atribuire (caietului de sarcini), ofertantul a prezentat formularul 1E, la paginile 432-433, prin care a demonstrat nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor din structura organizațională în realizarea

controlului calității, conform cerinței caietului de sarcini (punctul ii de la pagina 23) - cerința minimă fiind îndeplinită.

Autoritatea contractantă apreciază că explicațiile oferite de contestator nu sunt corecte și consideră că evaluarea ofertelor a fost realizată conform legii achizițiilor publice în vigoare.

Față de cele anterior menționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 37902/26.09.2019, contestatorul a formulat note scrise având în vedere punctul de vedere nr. 44012/24.09.2019 transmis de autoritatea contractantă.

Contestatorul menționează că autoritatea contractantă a răspuns doar parțial criticilor formulate în contestație cu privire la nelegalitatea unora dintre actele emise în cadrul procedurii de atribuire, iar în ceea ce privește alte critici nu a formulat niciun argument.

Mai mult decât atât, contestatorul precizează că din analiza în ansamblu a punctului de vedere este întărită concluzia că autoritatea contractantă a întreprins o evaluare superficială a ofertantului declarat câștigător după cum va arăta în continuare.

<u>În ceea ce privește motivele de excludere a subcontractantului ...SRL</u>

Contestatorul arată că autoritatea contractantă susține faptul că subcontractantul ... SRL nu se află sub niciunul dintre motivele de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1), lit. c), g) și h).

Astfel, contestatorul precizează că autoritatea contractantă ignoră faptul că, în primul rând, subcontractantul în cauză ar fi trebuit, cel puțin, să dezvăluie existența unor documente constatatoare emise cu privire la <u>îndeplinirea (cu întârziere și în mod repetat) a obligațiilor contractuale</u> care îi reveneau în baza unor contracte de achiziție publică încheiate anterior.

Nu poate fi în niciun caz ignorat faptul că fiecare dintre cele 5 documente constatatoare menționează neîndeplinirea corespunzătoare a contractului.

10. Contractul a fost îndeplinit in mod corespunzător	
Da	X NU

Așadar, contestatorul consideră că se impunea ca subcontractantul ... SRL să dezvăluie corespunzător în DUAE și să ofere explicațiile necesare în ceea ce privește maniera de „auto-corectare" adoptată astfel încât autoritatea contractantă să fie în măsură să adopte o decizie fundamentată privind eventuala menținere în/excludere din procedura de atribuire.

Faptul că autoritatea contractantă nu a întreprins nicio verificare asupra unui motive de excludere suficient de grav, rezultă cu claritate din afirmația acesteia în sensul că: *„În plus, la o simplă căutare în SEAP la documente constatatoare, pentru firma Inteco Holing S.R.L. nu se returnează nici un rezultat".*

În opinia contestatorului, această apărare formulată de autoritatea contractantă nu poate fi în niciun caz primită, având în vedere că este total eronată, cel mai probabil verificarea realizată fiind exclusiv în SICAP.

Astfel, contestatorul atașează Anexa 1, o captură de ecran (print screen) care arată lista documentelor constatatoare încărcate în platforma SEAP cu privire la ... S.R.L.

De asemenea, contestatorul consideră că nu pot fi primite nici aprecierile subiective ale autorității contractante referitoare la absența culpei operatorului economic în ceea ce privește întârzierile în executarea obligațiilor contractuale: *„documentele constatatoare nu probează caracterul grav și repetat al neîndeplinirii obligațiilor contractuale, ci doar o întârziere a prezentării livrabilului final în urma prestării serviciilor (care poate fi cauzat inclusiv de factori ce nu țin de ofertantul respectiv și nu pot fi controlate) (...) ".*

<u>În ceea ce privește lipsa oricărei capacități și calificări ale ofertantului de a executa lucrările care fac obiectul contractului</u>

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă, în punctul său de vedere, ignoră în mod nepermis prevederile art. 182 alin. (2)-(4) din Legea nr. 98/2016:

„(2) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament".

Prevederile legale anterior citate transpun în mod fidel prevederile art. 63 paragraf (1) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice:

„(1) În ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (3) și criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (4), un operator economic poate, dacă este cazul și pentru un anumit contract, să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea. În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt

necesare respectivele capacități. În cazul în care un operator economic dorește să se bazeze pe capacitățile altor entități, acesta dovedește autorității contractante că va avea la dispoziție resursele necesare, de exemplu prin prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens".

Reglementarea anterior citată incorporează jurisprudența CJUE din cauza C-324/14 Partner Apelski Dariusz împotriva Zarzad Oczyszezania Miasta), Hotărârea din 7 aprilie 2016:

„Articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii coroborate cu articolul 44 alineatul (2) din această directivă trebuie interpretate în sensul că:

... recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura relațiilor dintre acesta și respectivele entități, cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract și

... nu este exclus ca exercitarea dreptului menționat să poată fi limitată, în împrejurări speciale, având în vedere obiectul contractului în cauză, precum și finalitățile acestuia. Această situație se regăsește în special atunci când capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea acestui contract nu pot fi transmise candidatului sau ofertantului, astfel încât acesta din urmă se poate prevala de respectivele capacități numai dacă această entitate terță participă direct și personal la executarea acelui contract".

Contestatorul arată că în același sens s-a pronunțat CJUE în:

- Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 şi Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punctele 29 şi 33:

„articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a relațiilor dintre acesta și respectivele entități, cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune de mijloacele acestor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract",

- Hotărârea din 2 decembrie 1999, Holst Italia, C 176/98, EU:C: 1999:593, punctul 29:

„Deși este liber să stabilească legături cu entitățile ale căror capacități le menționează și să aleagă natura juridică a acestor legături, ofertantul are totuși obligația să facă dovada că dispune efectiv de mijloacele acestora, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat".

Prin urmare, apare ca evident faptul că experiența similară reprezintă o resursă care nu poate fi transmisă ofertantului care o invocă, dar care se va concretiza numai prin execuția efectivă a lucrărilor de către terțul susținător.

Mai mult decât atât, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu aduce niciun argument cu privire la absența prezentării de către terțul susținător - .. SA a modalității concrete de mobilizare a resurselor invocate.

Așa cum a arătat în contestația formulată, contestatorul învederează faptul că angajamentul ferm al terțului susținător ... S.A. nu cuprinde nicio referință la resursele tehnice, materiale și/sau umane pe care acesta le poate mobiliza în execuția lucrărilor.

Contestatorului precizează că acest aspect ar fi trebuit să fi fost lămurit de autoritatea contractantă în etapa de evaluare a ofertelor prin solicitarea de clarificări ofertantului, însă o astfel de solicitare de clarificări nu a existat. Mai mult decât atât, contestatorul arată că autoritatea contractantă ignoră în continuare relevanța respectării prevederilor legale care stabilesc cu claritate cerințele pe care trebuie să le îndeplinească terțul susținător și documentele pe care acesta trebuie să le prezinte pentru a demonstra angajamentul său.

Astfel cum s-a reținut în o decizie a CNSC, *„Or, Consiliul constată că nici în urma răspunsului la clarificările solicitate, terțul susținător nu a descris modalitatea concretă de mobilizare a utilajelor, resurselor și personalului sau modul concret în care va interveni în situația în care va întâmpina dificultăți în implementarea contractului, fiind incidente dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările /completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă"* (publicată în Buletinul Oficial nr. 5911/2018).

<u>În ceea ce privește demonstrarea accesului la un laborator autorizat</u>

Cu privire la susținerea autorității contractante potrivit căreia a considerat cerința minimă privind accesul la un laborator autorizat ca fiind îndeplinită de ofertantul SC ..... SRL, contestatorul arată că prin clarificarea nr. 1 (nr. 29.106/24.06.2019), punctul 1, autoritatea contractantă a solicitat prezentarea unui acord cu un laborator autorizat.

Cu toate acestea, contestatorul menționează că autoritatea contractantă, ignorându-și propria cerință, consideră că ofertantul SC ..... SRL a îndeplinit cerința, deși singurele documente prezentate de acesta au fost: autorizația laboratorului și o simplă declarație în cuprinsul planului calității, SC ..... SRL neprezentând acordul cu un laborator autorizat.

<u>În ceea ce privește graficul Gantt</u>

Contestatorul arată că în cuprinsul contestației a demonstrat că, pe de o parte, SC ..... SRL nu a prevăzut măsuri speciale pentru realizarea construcției pe timp de iarnă în Graficul Gantt sau în metodologia prezentată, iar, pe de altă parte, nu se regăsește „succesiunea și interrelaționarea activităților și subactivităților" și nici „punctele-cheie de control - "jaloanele" proiectului care vor deveni puncte cheie în

managementul contractului", elementele și planificarea propuse de SC ..... SRL nefiind realiste.

Fără a aduce vreun contra-argument în ceea ce privește lipsa măsurilor speciale pentru realizarea construcției pe timp de iarnă, respectiv privind întreruperile din această perioadă, perioada de teste și perioada de mobilizare, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a ignorat în mod nepermis și neregularitatea perioadei de execuție a lucrărilor prezentată de SC ..... SRL susținând în punctul de vedere că aceasta este de 18 luni, respectivă conformă cerințelor documentației de atribuire.

Contestatorul precizează că Graficul Gantt prezentat de SC ..... SRL nu corespunde realității și nu ilustrează corect lucrările din graficul fizic al execuției care este prezentat începând cu pagina 522 a propunerii tehnice. Graficul fizic începe la data de 02.09.2019 și se termină la data de 26.03.2021, între aceste date fiind un total de 571 zile calendaristice care reprezintă 19 luni (571 zile/30 zile = 19 luni), ceea ce contravine cerințelor din documentația de atribuire.

Astfel, contestatorul arată că în caietului de sarcini s-a prevăzut:

"În ceea ce privește cerințele de conformitate, ofertele care nu respectă cerințele minime ale autorităților contractante vor fi considerate neconforme. Aceste cerințe se limitează la următoarele aspecte:

a) *Graficul Gantt prezentat de ofertant demonstrează că acesta finalizează contractul cu respectarea termenului limită impus de autoritatea contractantă (adică în perioada de construcție maximă stabilită);*

b) *Graficul Gantt prezentat de ofertant demonstrează că acesta finalizează "etapele/secțiunile" aferente lucrărilor în timp (adică în perioada de construcție maximă pentru etapa respectivă);*

c) *Planificarea ofertantului este conformă cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă (adică respectă ipotezele/premisele stabilite în documentația de atribuire cu privire la elemente cum ar fi: termenele de analiză, transmitere observații, respectiv aprobare a livrabilelor intermediare/finale care revin autorității contractante, data de începere anticipată, eventuale perioade de suspendare a execuției lucrărilor datorate condițiilor climatice nefavorabile prevăzute în documentația de atribuire etc.)".*

De asemenea, contestatorul arată că la pagina 522 din propunerea tehnică a SC ..... SRL se regăsește graficul de execuție care începe în data de 02.09.2019, care reprezintă prima zi de lucru pe TRONSONUL 1, și se termină la data de 26.03.2021, care reprezintă ziua în care lucrările trebuie finalizate. În dreptul duratei sunt specificate 410 zile. Or, așa cum a demonstrat anterior, între aceste date curg 571 zile calendaristice, iar nu 410 zile calendaristice, așa cum menționează autoritatea contractantă în punctul de vedere.

Având în vedere că graficul de execuție însumează 571 de zile calendaristice (astfel cum se poate observa din documentul atașat ca Anexa 2), nu 410 cum eronat susține autoritatea contractantă, contestatorul menționează că SC ..... SRL a inclus informații denaturate atât în graficul Gantt, cât și în Planul calității din oferta tehnică depusă.

Astfel, contestatorul precizează că aceste neregularități nu au fost observate de autoritatea contractantă, ceea ce demonstrează clar neînțelegerea de către aceasta a graficului fizic prezentat în documentația tehnică a ofertantului declarat câștigător.

<u>În ceea ce privește necorelarea propunerii financiare cu propunerea tehnică</u>

Contestatorul arată că autoritatea contractantă, întemeindu-și punctul de vedere pe simple prezumții, concluzionează în mod superficial că *„prin faptul că în oferta tehnică la pagina 517 se regăsește o singură freză, nu înseamnă că ofertantul nu poate suplimenta utilajele în vederea realizării contractului sau nu poate executa contractul*".

Astfel, contestatorul precizează că nu poate fi acceptat ca un operator economic să fie declarat câștigător doar în baza unor prezumții ale autorității contractante. Simpla declarație a ofertantului *că „...va avea grijă la înțelegerea și satisfacerea cerințelor exprimate de licent prin proiectul ele execuție și caietul de sarcini (...)"* și că *„dispune de utilaje și echipamente proprii (...)"* nu demonstrează capacitatea acestuia de a asigura resursele necesare execuției contractului.

Posibilitatea de a folosi propriile consumuri de materiale, manopera, utilaje si transport, cu respectarea cerințelor cantitative și calitative, nu trebuie să anuleze cerințele din caietul de sarcini prevăzute la paginile 23, 24, 25 si 26, referitoare la demonstrarea corelării planului de management al calității cu caracteristicile contractului și metodologia de execuție, resursele utilizate.

Pentru a prezenta o ofertă în conformitate cu cerințele beneficiarului, respectiv Graficul Gantt corelat cu graficul de execuție și resursele alocate, contestatorul menționează că SC ..... SRL trebuia să prezinte toate resursele prevăzute în graficul de execuție și în lista de utilaje propuse pentru acest proiect, în caz contrar oferta tehnică prezentată este neconformă întrucât nu respectă cerințele minimale din caietul de sarcini.

"*Pentru a demonstra corelarea planului de management al calității lucrărilor executate cu caracteristicile contractului și metodologia de execuție, se vor prezenta cât mai complet:*

i Descrierea sistemului calității aplicat la lucrare, inclusiv listele cuprinzând procedurile aferente sistemului calității, resursele utilizate și optimizarea acestora; (...)

iii Pentru a demonstra corelarea punctelor de realizare a investiției cu responsabilitățile pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele utilizate, se va prezenta un Grafic tip Gantt din care să rezulte succesiunea și interrelaționarea activităţilor și subactivităților, precum și punctele-cheie de control - „jaloanele" proiectului, care vor deveni puncte cheie în managementul contractului, în baza lor putând fi emise situații de lucrări intermediare; (...)

- *comisia de evaluare trebuie apoi să analizeze dacă ofertantul respectă cerințele și principalele ipoteze precizate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, precum și să stabilească, pe baza raționamentului profesional, dacă planificarea ofertantului este realistă și corelată cu metodologia de execuție și planul propriu de alocare a resurselor (acestea putând fi umane, materiale, inclusiv suportul oferit*

de personalul permanent (denumit generic backstopping) al organizației ce constituie operatorul economic care are calitatea de ofertant). (...)

- *<u>Cerințe de adaptare la contextul dat - evaluare bazată pe raționament profesional:</u> (acestea constituie și criteriu de punctaj)*

Metodologia de punctare se bazeaza pe următorii sub factori:

a) Graficul Gantt propus este realist, de exemplu:

- *calendarul prevăzut pentru mobilizare, perioadele de timp prevăzute pentru lucrările provizorii, pentru întreruperea activității din cauza condițiilor climatice nefavorabile, măsuri de siguranță, management de trafic, etc. sunt suficiente/rezonabile în raport cu complexitatea activităților pe care le implică și resursele alocate; (...)*
- *durata și secvența propusă a activităților aferente implementării contractului sunt în concordanță cu practicile industriei și corelate cu resursele propuse;*

c) Nivelul de detaliere al Graficului Gantt prezentat de ofertant este adecvat complexității lucrărilor (de exemplu, sunt luate în considerare toate activitățile principale și jaloanele aferente; se prezintă resursele alocate și ratele de productivitate ale acestora; este evidențiat drumul critic; se prezintă pentru fiecare activitate dată de început și cea de sfârșit; se arată legăturile logice între activități; există o descriere narativă a programului de lucru furnizat, acoperind toate ipotezele importante - cum ar fi; perioadele de construcții, aprobările altor terțe părți, perioada de timp friguros și altele asemenea).

e. Durata de execuție va fi fundamentată prin graficul de execuție și de descrierea detaliată a lucrărilor din punct de vedere tehnologic conform normativelor aplicabile fiecărei categorii de lucrări în parte, de resursele materiale, mecanice și de personal disponibilizate (nu se acceptă prezentarea de contracte având ca obiect punerea la dispoziție de resurse umane, eventualele colaborări dintre operatorii economici urmând să fie materializate sub forma unor acorduri de asociere și/sau subcontractare), precum și de termenele de livrare a echipamentelor asumate de producător..."

Astfel, din analiza cerințelor caietului de sarcini, neconformitatea ofertei este evidentă, neputând fi considerate susținerile autorității contractante. Elementele propunerii tehnice nu sunt corelate, iar resursele alocate nu sunt destule pentru a realiza contractul în conformitate cu fișa de date și caietul de sarcini, nici chiar cu Graficul Gantt sau graficul de execuție prezentat în propunerea tehnică.

Contestatorul mai arată că în punctul de vedere emis, autoritatea contractantă nu face nicio precizare referitoare la celelalte critici din contestație cu privire la:

- faptul că a permis ofertantului declarat câștigător completarea ofertei prin răspunsurile la clarificările solicitate de autoritatea contractantă pe perioada evaluării ofertelor, autoritatea contractantă determinând astfel apariția unui avantaj evident în favoarea ofertantului,
- SC ..... SRL nu a prezentat un program detaliat de control al calității,
- unele dintre prețurile articolelor din oferta SC ..... SRL nu pot fi justificate.

În concluzie, pentru motivele arătate anterior, contestatorul solicită admiterea contestației, anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 42351/13.09.2019, a raportului procedurii nr. 42260/13.09.2019 și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei clasate pe locul 1 și constatarea inadmisibilității ofertei SC ..... SRL, aceasta fiind inacceptabilă și neconformă.

Prin adresa nr. ...../..... înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., SC ..... SRL a formulat cerere de intervenție, prin care a solicitat: admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației ca nefondată, cu consecința menținerii tuturor actelor emise autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

În fapt, intervenientul arată că, ulterior depunerii ofertelor și desfășurării activității de evaluare a acestora, autoritatea contractantă a postat pe SICAP raportul procedurii nr. 42260/13.09.2019 din care rezultă faptul că oferta sa a fost de clasată pe primul loc, ca urmare a aplicării criteriului de atribuire, cu un punctaj de 100 de puncte, o valoare de 16.848.045,32 lei fără TVA și o durată de execuție de 18 luni.

Din contestația formulată rezultă că la data de 13.09.2019, autoritatea contractantă a comunicat contestatorului rezultatul procedurii, prin adresa nr. 42260, potrivit căruia oferta acestuia a fost declarată ca fiind admisibilă dar necâștigătoare, fiind clasată pe locul 2.

Împotriva acestui rezultat al procedurii SC ..... SRL a formulat contestația ce formează obiectul dosarului în cauză.

Intervenientul consideră actele emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale, fapt pentru care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Admisibilitatea cererii de intervenție

Intervenientul solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție, în temeiul dispozițiilor art. 64 alin. (2) din Noul Cod de procedură civilă, având în vedere calitatea sa de ofertant declarat câștigător al procedurii.

Această calitate, cât și scopul pentru care a participat la prezenta procedură, respectiv acela de a semna contractul cu autoritatea contractantă, justifică interesul său în menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă.

Excepția tardivității contestației

Intervenientul arată că potrivit fișei de date valoarea estimată a procedurii este în cuantum de 17.253.092 lei, valoare care se încadrează sub pragul prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, fapt ce conduce la concluzia că în cazul prezentei proceduri nu exista obligația autorității contractante de a transmitere spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene anunțul de participare.

În acest context, termenul în care se putea formula contestație împotriva actelor emise de autoritatea contractantă este de 5 zile de a data luării la cunoștință de actul contestat, potrivit art. 8 alin. (1) lit. b) din legea nr. 101/2016.

Totodată, potrivit art. 5 din Legea nr. 101/2016 - *"(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de*

la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luata în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare".

Din economia acestor dispoziții legale rezultă faptul că, pentru calcularea termenelor în care se pot formula contestații împotriva actelor emise de autoritatea contractantă, nu se ia în calcul ziua în care s-a luat la cunoștință de actul contestat, însă se ia în calcul ziua când respectivul termen se împlinește.

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă a postat pe SICAP pe data de 13.09.2019 raportul procedurii nr. 42260, din care rezultă faptul că oferta depusă de SC ..... SRL a fost de clasată pe primul loc, contestația formulată împotriva respectivului act putea fi depusă până pe data de 18.09.2019.

Contestația depusă de SC ..... SRL a fost înregistrată la autoritatea contractantă pe data de 19.09.2016, prin urmare peste termenul de 5 zile prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Față de aceste considerente, intervenientul solicită admiterea excepției tardivității contestației și, pe cale de consecință respingerea contestației ca fiind tardiv formulată.

Motivarea în fapt și în drept a cererii de intervenție

Prin contestația formulate se critică modalitatea în care autoritatea contractantă a evaluat oferta depusă de SC ..... SRL în ceea ce privește documentele depuse de subcontractantul ... SRL, propunerea tehnică, cât și în ceea ce privește justificarea prețurilor pentru anumite articole

În ceea ce privește documentele subcontractantului ... SRL

Intervenientul arată că prin oferta depusă SC ..... SRL a declarat ca subcontractant societatea ... SRL pentru executarea lucrărilor de trecere la nivel cu cale ferată, depunând în acest sens acordul de subcontractare nr. 18/26.06.2019.

De asemenea, intervenientul arată că societatea contestatoare susține faptul că *"autoritatea contractantă a „validat" subcontractantul ... SRL în ciuda faptului că aceasta se regăsea în situații de excludere expres prevăzute de lege*", făcând trimitere la un număr de 5 documente constatatoare emise în data de 05.08.2016, în temeiul art. 97 din HG nr. 925/2006.

În susținerea acestei afirmații contestatorul invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, respectiv prevederile art. 167 alin. 1 lit. c), g) și h) cât și dispozițiile art. 171 alin. 5 lit. b), dispoziții care nu sunt incidente în cauză întrucât documentele constatatoare au fost emise pentru contracte încheiate în temeiul OUG nr. 34/2006 și a HG nr. 925/2006. Prin urmare, legea aplicabilă respectivelor documente constatatoare este aceeași lege aplicabilă și contractelor pentru care au fost emise.

Importanța stabilirii legii aplicabile documentelor constatatoare invocate de contestator este determinată de sancțiunile, diferite, aplicate

de cele două acte normative în cazul existenței unui document constatator negativ.

Astfel, intervenientul arată că dispozițiile legii vechi prevăd:

- art. 97^1 alin. 2^2 din HG nr. 925/2006, "*Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 181 lit. c^1) din ordonanța de urgență";*
- art. 181 lit. c^1) din OUG nr. 34/2006, "*Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații: (....) c^1) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia".*

În timp ce legea nouă stipulează:

- art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016, "*Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...)*

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile";

- art. 171 alin. 5 din legea nr. 98/2016, "(*5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioada, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:*

a) (...);

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant".

În concluzie, intervenientul arată că diferența dintre cele două texte de lege constă în perioada de timp prevăzută pentru durata efectelor unui asemenea document constatator, respectiv 2 ani în cazul documentelor emise în temeiul HG nr. 925/2006, față de 3 ani în cazul documentelor emise în temeiul Legii nr. 98/2016.

Având în vedere faptul că, în prezenta speță cele 5 documente constatatoare, la care face referire contestatorul, au fost emise la data de 12.05.2016, în temeiul legii vechi, perioada în care acestea produc efecte juridice privind o posibilă excludere din cadrul unei procedurii de achiziție publică este perioada de 2 ani prevăzută de respectivul act normativ.

În acest context, intervenientul apreciază că dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016 nu sunt incidente în cauză având în vedere

temeiul în baza căruia au fost emise cele 5 documente constatatoare invocate de contestator.

De asemenea, intervenientul consideră că dispozițiile anterior invocate nu sunt incidente în cauză, având în vedere faptul că respectivele contracte au fost duse la bun sfârșit, nefiind reziliate, astfel cu rezultă din informațiile comunicate prin respectivele documente constatatoare. Mai mult, intervenientul arată că prin respectivele documente constatatoare se susține faptul că au fost aplicate penalități de întârziere, care au fost recuperate (prin reținere), aspect constat chiar din conținutul documentului constatator, în sensul că nu există litigii.

În opinia intervenientului, aplicarea unor penalități de întârziere care au fost și recuperate nu reprezintă o încălcare gravă a obligațiilor contractuale în sensul dispozițiilor art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, "*În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract".*

Astfel, intervenientul arată că prin decizia CJUE pronunțată în Cauza C-267/18, Curtea reține, la pct. 24, faptul că "*Din considerentul (101) al Directivei 2014/24 reiese că abaterile profesionale vizate la litera (c) sunt de natură predominant extracontractuală, adică sunt comportamente nelegale care se desfășoară, în general, în afara cadrului raporturilor contractuale. Aceasta este situația încălcării obligațiilor de mediu sau sociale, a nerespectării normelor de concurență sau a drepturilor de proprietate intelectuală sau industrială ori a neîndeplinirii obligațiilor fiscale sau privind asigurările sociale. În schimb, comportamentul descris la litera (g) reprezintă o încălcare tipică a obligațiilor contractuale.*
25. Este adevărat însă că anumite încălcări ale obligațiilor contractuale pot, în același timp, să ia forma unei abateri profesionale grave, și anume cea săvârșită în cadrul unui contract administrativ anterior, suficient de importantă pentru a justifica încetarea raportului contractual".

În acest context, intervenientul consideră că, în speță, nu sunt incidente prevederile Legii nr. 98/2016 art. 167 alin. 1 lit. c), întrucât aspectele semnalate de contestator sunt de natură contractuală și nici lit. g), întrucât încălcarea obligațiilor contractuale nu au condus la încetarea raportului contractual, nefiind o abatere profesională gravă (contravaloarea respectivelor penalități fiind nesemnificativă și, totodată recuperată).

Totodată, intervenientul arată că prin decizia CJUE anterior invocată s-a statuat faptul că o cauză de excludere potrivit art. 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, dispoziții regăsite și în legislația națională art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016, este suficient de gravă dacă justifică, din perspectiva principiului proporționalității, încetarea anticipată a contractului.

"31. Astfel cum s-a arătat deja, motivul de excludere prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24, aplicat în speță, intervine atunci când, în executarea unui contract anterior, operatorul a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente (11) la îndeplinirea

unei cerințe esențiale, care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract.

32. Din această formulare trebuie să se deducă mai întâi că neregula săvârșită de ofertant trebuie să fi fost suficient de gravă („semnificativă") pentru a justifica, din perspectiva principiului proporționalității, încetarea anticipată a contractului".

De asemenea, intervenientul arată că atât practica instanțelor naționale, cât și practica CJUE, sunt unanime în aprecia că poate fi exclus de la participarea la o procedura și semnarea unui contract, un operator economic *"care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica".*

Astfel, în cauza C465/11 Forposta SA, ABC Direct Contact vs. Poczta Polska SA, Curtea a reținut următoarele:

"*Noțiunea de abatere gravă trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauza care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acesta poate demonstra eventual o competență limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă;*

- constatarea existenței unei abateri grave necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză,

- noțiunea de abatere gravă, nu poate fi înlocuită cu noțiunea de motive imputabile operatorului economic".

De asemenea, intervenientul arată că în sensul celor menționate anterior s-a pronunțat și Curtea de Apel ..... - Secția a VIII-a Contencios administrativ și fiscal, prin Decizia civilă nr. 2058/17 martie 2014, fiind reținute următoarele: ”Prin raportare la aceste dispoziții legale, Consiliul a reținut în mod corect că în cauză nu subzistă cea de-a două condiție impusă in art.181 lit.c1 din Ordonanță, respectiv ca acțiunea ofertantei să fi produs sau să fie de natură a produce grave prejudicii beneficiarilor acesteia. Gravele prejudicii produse sau potențiale NU SE PREZUMA, ci trebuie dovedite de către cei care le invoca.(...)".

Totodată, intervenientul menționează că informațiile comunicate prin respectivele documente constatatoare nu au reprezentat pentru Consiliul Județean Arad (emitentul acestora) o abatere profesională gravă în măsura să atragă excluderea societății ... SRL din cadrul unei procedurii de atribuire, declarând câștigătoare respectiva societate și atribuindu-i noi contracte, dintre care prezintă cu titlu de exemplu:

- Contract de lucrări nr. 157/24.09.2018 - 12.367.640,26 lei fără TVA;
- Contract de lucrări nr. 146/28.08.2019 - 2.457.321,57 lei fără TVA;
- Contract de lucrări nr. 71/03.05.2019 - 11.529.737,60 lei fără TVA.

De asemenea, intervenientul precizează faptul că în cadrul documentului DUAE nu au fost menționate informații cu privire la existența

respectivelor documente constatatoare întrucât, pe de o parte, respectivele documente constatatoare nu mai produceau efecte la momentul depunerii ofertei (februarie 2019) fiind emise în temeiul HG nr. 925/2006, și pe de altă parte că încălcarea obligațiilor menționată în respectivele documente constatatoare nu a condus la rezilierea contractului, nefiind astfel o abatere gravă.

În acest context, intervenientul apreciază că în speță nu sunt incidente nici prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, cum greșit susține contestatorul.

În concluzie, în opinia intervenientului, susținerile contestatorului cu privire la incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. c), g) și h) din Legea nr. 98/2016, sunt netemeinice și nelegale, având în vedere atât principiul neretroactivității legilor în timp, cât și caracterul efectiv derizoriu al sumelor indicate cu titlu de penalități în cuprinsul celor 5 documente constatatoare, care nu pot fi interpretate, sub nici o formă, drept abateri grave în cadrul unui contract de achiziție publică.

În ceea ce privește presupusele motive de inacceptabilitate ale ofertei SC ..... SRL

• Aspecte privind terțul susținător ...

Intervenientul arată că prin contestația formulată se susține faptul că oferta depusă de SC ..... SRL "nu îndeplinește una sau mai multe dintre criterii de calificare stabilite prin documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă".

În acest sens precizează că "*nu îndeplinește nicio cerință de calificare*" întrucât în cadrul ofertei a "*invocat terțul ... S.A. pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței referitoare la experiența similară"*.

Așa cum corect susține și contestatorul, intervenientul arată că, pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor privind experiența similară, a apelat, în temeiul art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, la terțul ... SA pentru care în cadrul ofertei a depus DUAE, angajament de susținere, cât și documentele care demonstrează îndeplinirea respectivei cerințe.

În raport de prevederile art. 182 din Legea nr. 98/2016 și ale art. 48 din HG nr. 395/2016, intervenientul arată că societatea contestatoare susține că "Cerința legii este neîndoielnică în ceea ce privește faptul că terțul susținător trebuie să desfășoare efectiv lucrările în legătură cu care acordă susținerea. Prin urmare, singura concluzie care se impune este ca lucrările aferente contractului de achiziție publică din speță pot trebuie să fie executate numai de către ... S.A., care devine astfel un real subcontractant. Or, într-o astfel de ipoteză, este evident că SC ..... SRL subcontractează în realitate toate lucrările care fac obiectul contractului de achiziție publică, ceea ce contravine prevederilor legislației în vigoare. Astfel, conform art. 193 alin. (3) din Legea 98/2016, - În cazul in care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare-. O subcontractare integrală, a contractului ar conduce, practic, la o înlocuire artificială a ofertantului cu subcontractantul, ceea ce nu poate fi acceptat".

Intervenientul precizează că din aceste susțineri ale contestatorului rezultă, fără putință de tăgadă, faptul că acesta face confuzie între cerința privind "experiența similară" și "criterii referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă".

În acest sens, intervenientul precizează faptul că cerința privind "experiența similară" este cerința prin care ofertantul, fie individual, fie prin terț susținător/subcontractant, după caz, demonstrează faptul că are experiență în executarea contractelor de complexitatea celor ce urmează a se atribui.

Totodată, prin "criterii referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g)" se referă la calificările educaționale și profesionale ale operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări sau ale personalului de conducere al operatorului economic, iar cerința privind "experiența profesională relevantă" se referă la experiența profesională (experiență generală, experiență specifică și experiență în domeniul studiilor) a personalului cheie solicitat prin documentație.

De asemenea, intervenientul arată că prevederile art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 "*În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări*" instituie obligația terțului susținător de a desfășura efectiv lucrările numai în cazul în care se asigură susținerea ofertantului în ceea ce privește îndeplinirea cerințelor referitoare la resursele umane sau tehnice.

Altfel spus, în ipoteza în care se asigură susținerea privind îndeplinirea cerințelor referitoare la experiența similară, terțul susținător nu este obligat să desfășoare activitățile din cadrul proiectului, neexistând nicio dispoziție legală în acest sens.

Terțul susținător este persoana care susține operatorul economic cu privire la îndeplinirea unor cerințe minime de calificare solicitate prin documentația de atribuire, susținere care se demonstrează prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului resursele invocate, susținerea respectivă fiind permisă de dispozițiile art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Prin subcontractant se înțelege orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.

Intervenientul arată că, în cadrul ofertei sale, a prezentat societatea ... SA în calitate de terț susținător pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară și nicidecum în calitate de

subcontractant pentru executarea unei părți în contract, sau a contractului în integralitate, cum greșit susține contestatorul.

De asemenea, intervenientul arată că, prin contestația formulată, contestatorul face confuzie între cele două calități, respectiv de terț susținător și subcontractant, aspect care rezultă din modalitatea în care a fost constituită critica privind faptul că ofertantul SC ..... SRL "nu îndeplinește nicio cerință de calificare".

Totodată, intervenientul precizează faptul că angajamentul ferm depus în cadrul ofertei pentru terțul susținător ... SA respectă, în tocmai, formularul postat de către autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire.

Susținerea contestatorului de la pct. 27 din contestație este reală, întrucât susținerea acordată de ... SA este doar pentru demonstrarea cerinței privind experiența similară, nu și pentru resursele necesare executării contractului.

În concluzie, intervenientul consideră că susținerile contestatorului cu privire la aspectele privind terțul susținător ... SA sunt lipsite de fundament legal, fiind netemeinice și nelegale.

• Aspecte privind accesul la un laborator autorizat

Intervenientul arată că prin contestația formulată se susține faptul că ofertantul SC ..... SRL nu a făcut dovada accesului la un laborator autorizat, astfel cum a fost solicitat prin documentație.

Contrar susținerilor contestatorului, intervenientul precizează faptul că, în cadrul propunerii tehnice (paginile 511 - 513), a prezentat autorizația laboratorului SC ...SRL, iar la pagina 39 a declarat că *„va efectua, într-un laborator autorizat, toate încercările și determinările cerute de prezentul Caiet de Sarcini și orice alte încercări și determinări cerute de Consultant*".

De asemenea, în planul calității aplicat la lucrare (pagina 29) conform ISO 9001, societatea sa a precizat la punctul 4.9.3.1 LABORATOARE ACREDITATE PENTRU EFECTUAREA ANALIZELOR ŞI ÎNCERCĂRILOR: Laborator acreditat pentru efectuarea analizelor și încercărilor: Laborator de analize și încercări în construcții - gr. II- SC ... SRL - ...

Față de aceste informații prezentate în cadrul ofertei depuse SC ..... SRL autoritatea contractantă a considerat respectiva cerință ca fiind îndeplinită.

Mai mult decât atât, dacă autoritatea contractantă aprecia că respectivele informații nu sunt suficiente pentru a demonstra accesul la respectivul laborator autorizat avea posibilitatea de a solicita, în temeiul art. 209 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 134 din HG nr. 395/2016, clarificări privind completarea respectivelor informații, clarificare la care se putea prezenta contractul de prestări servicii încheiat între cele două părți.

O astfel de clarificare nu putea fi apreciată ca fiind o clarificare care să creeze un avantaj ofertantului, întrucât informațiile comunicate erau susținute de celelalte documente existente deja în cadrul ofertei.

În concluzie, intervenientul consideră că susținerile contestatorului cu privire la această critică sunt nefondate.

În ceea ce privește presupusele motive de neconformitate ale ofertei SC ..... SRL

Intervenientul arată că prin contestația formulată se susține "În Graficul Gantt prezentat de S.C. ..... SRL nu se regăsește „succesiunea și interrelaționarea activităților și subactivităților" și nici „punctele-cheie de control - " jaloanele" proiectului care vor deveni puncte cheie managementul contractului". Elementele și planificarea propuse de S.C. ..... SRL nu sunt realiste".

Contrar susținerilor contestatorului, intervenientul precizează faptul că în graficul Gantt prezentat se regăsește succesiunea și interrelaționarea activităților și subactivităților sub forma unor săgeți de relație. Mai mult, intervenientul subliniază faptul că prin documentația de atribuire nu a fost impus un anumit model de grafic Gantt și implicit niciun model de defalcare a activităților și subactivităților contractului și o impunere a punctelor cheie de control/jaloanelor. Astfel, graficul Gantt prezentat conține modul de abordare și planificarea activităților, subactivităților și a punctelor cheie stabilite la data depunerii ofertei.

De asemenea, intervenientul menționează că, prin contestația depusă la pct. 33, contestatorul susține afirmații contradictorii, pe de o parte, constatând interrelaționarea activităților enumerate și, pe de altă parte, susținând că *"în graficul Gantt nu se regăsește interrelaționarea activităților și subactivităților".*

Totodată, intervenientul consideră nefondată și susținerea contestatorului potrivit căreia "*lucrările de finisare a fântânii arteziene se vor face în lunile de iarnă, perioadă care cere măsuri speciale pentru continuarea lucrărilor sau oprirea lor, în conformitate cu prevederile reglementării tehnice (.....) ofertantul nu a prevăzut măsuri speciale pentru realizarea construcției în Graficul Gantt sau în metodologia prezentată*", întrucât în cadrul propunerii tehnice a prezentat procedura PT- HC45 privind execuția lucrărilor pe timp nefavorabil.

Mai mult, intervenientul subliniază faptul că graficul Gantt prezentat este unul care la data semnării contractului se actualizează conform noilor informații disponibile, astfel datele de început și datele de finalizare a activităților/subactivităților contractului se actualizează în permanență.

De asemenea, intervenientul consideră nefondată și susținerea de la pct. 37, privind drumul critic, potrivit căreia acesta *"începe din 02.11.2020 și se termină la data de 26.03.2021, deși data de începere ar fi trebuit să fie 02.09.2019",* întrucât drumul critic prezentat are data de începere 02.09.2019 și data de finalizare 27.03.2019.

Intervenientul arată că acest aspect se poate identifica foarte ușor analizând și ultima pagină din propunerea tehnică, unde este evidențiată data de început și data de sfârșit a drumului critic, precum și prima pagină și ultima pagină a graficului Gantt, unde prima linie a tabelului evidențiată cu roșu începe la data de 02.09.2019 pe prima pagină și se finalizează la data de 27.03.2019 pe ultima pagină a graficului Gantt.

Totodată, intervenientul arată că un al aspect de neconformitate invocat de contestator constă în faptul că "(....) nu are prevăzută întreruperea planificată a activității în timpul iernii", aspect care este în contradicție cu propunerea tehnică depusă, întrucât, așa cum a mai

precizat SC ..... SRL tratează execuția lucrărilor și pe parcursul perioadei nefavorabile, conform procedurii PT-HC45, astfel nu există niciun impediment ca societatea sa să efectueze lucrări în perioada de timp nefavorabil.

Intervenientul precizează faptul că în cadrul propunerii sale tehnice există materiale, aditivi utilizați pentru diferite situații, cât și metodologii care permit execuția de lucrări pe perioada de timp friguros. Mai mult, odată cu emiterea ordinului de începere, se prezintă un nou grafic de execuție bazat pe date și informații de la data emiterii.

De asemenea, intervenientul arată că un alt aspect semnalat de către contestator constă în faptul că perioada de execuție a lucrărilor prezentate în graficul Gantt a fost de 410 zile lucrătoare, 18,6 luni, deși prin caietul de sarcini se prevede durata de execuție de 18 luni.

Intervenientul precizează că aceste susțineri ale contestatorului sunt nefondate, având în vedere faptul că graficul Gantt prezentat de societatea sa reprezintă o diagramă care ilustrează activitățile din proiect, desfășurate în timp, indicând timpii de începere și respectiv de finalizare, precum și durata acestor activități. Graficul Gantt a fost interpretat de autoritatea contractantă împreună cu graficul de execuție, prezentat în cadrul ofertei tehnice la pagina 521, grafic de execuție care se întinde pe o perioada de 18 luni de zile conform cerinței din documentația de atribuire.

De asemenea, intervenientul subliniază faptul că la pagina 521 din oferta sa tehnică perioada de execuție a lucrărilor este 18 luni. Durata de 18 luni se regăsește și în Planul Calității aplicat la lucrare (pagina 21 din oferta tehnică depusă), punctul 4.3.4. DURATA DE EXECUŢIE A CONTRACTULUI / LUCRĂRILOR /GARANŢIA ACORDATĂ: 18 LUNI conform grafic de execuție. Coroborând graficul de execuție cu Graficul Gantt, se observă că cele 410 zile menționate în grafic sunt zile calendaristice și nu zile lucrătoare, așa cum greșit menționează contestatorul.

Totodată, intervenientul arată că prin contestație se susține faptul că propunerea financiară nu este corelată cu propunerea tehnică datorită faptului că în propunerea tehnică este declarată o freză cu care nu se pot executa lucrările pe cele 6 tronsoane datorită numărului de ore de funcționare declarate în oferta financiară.

Intervenientul consideră nefondată această susținere, întrucât prin clarificările transmise de către autoritatea contractantă în etapa depunerii ofertelor a fost indicată posibilitatea ofertanților de a folosi propriile consumuri de materiale, manoperă, utilaje și transport, cu respectarea cerințelor cantitative și calitative prevăzute în caietele de sarcini și proiectul tehnic și în concordanță cu actele normative și reglementările în vigoare.

Mai mult, intervenientul arată că în cadrul documentației a fost solicitată la nivel declarativ forma de deținere a utilajelor și nu a fost solicitat un anumit număr, astfel încât informația de la pagina 517 din propunerea tehnică (care privește o singura freză) nu conduce la concluzia că în cazul în care se impune folosirea mai multor utilaje acestea nu vor fi asigurate.

Totodată, intervenientul subliniază faptul că la pag. 13 din oferta tehnică a declarat: *„.... va avea grijă la înțelegerea și satisfacerea*

cerințelor exprimate de client prin proiectul de execuție și caietul de sarcini; asigurarea infrastructurii, utilajele necesare și personalul calificat/competent pentru realizarea acestei lucrări..." și că *„... dispune de utilaje și echipamente proprii, precum și utilaje conform Anexa 1 la Contractul nr. 16/19.06.2019 (CONTRACT DE ÎNCHIRIERE UTILAJE SAU MIJLOACE DE TRANSPORT PT. CONSTRUCŢIE).*

În ceea ce privește susținerile contestatorului potrivit cărora SC ..... SRL nu a prezentat declarații privind condițiile de muncă și protecția muncii, intervenientul menționează că aceste susțineri sunt nefondate, având în vedere faptul că prin fișa de date ofertanții au obligația de a indica în cadrul ofertei tehnice faptul că la elaborarea acesteia au ținut cont de obligațiile referitoare la condițiile de muncă și protecția muncii conform Legii privind securitatea și sănătatea în muncă nr. 319/2006, HG nr. 1091/2006 privind cerințe minime de securitate și sănătate pentru locul de muncă, O.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului modificată și completată și a Legii nr. 307/2006 privind apărarea împotriva incendiilor, prezentând Declarația privind respectarea condițiilor de muncă, mediu și sănătate pentru locul de muncă. Informații suplimentare legate de acest subiect pot fi obținute de la Inspectoratele Teritoriale de Muncă în a cărui rază teritorială își au sediul operatorii economici.

În acest sens, intervenientul arată că în cadrul ofertei tehnice, la pag. 469, a declarat că *„la elaborarea propunerii tehnice a ținut cont de respectarea reglementărilor specifice din domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă, în conformitate cu art. 51, din Legea 98/2016*" - cerința minimă fiind îndeplinită. De asemenea, intervenientul arată că tot în cadrul ofertei tehnice, la pag. 42, a declarat că *„Pe durata executării lucrărilor se vor respecta normele tehnice ale securității, protecției și igiena muncii, prevăzute de actele normative în vigoare".*

În ceea ce privește critica contestatorului potrivit căreia SC ..... SRL nu a prezentat organigrama solicitată prin documentația de atribuire, intervenientul precizează că a prezentat în cadrul propunerii tehnice, la pag. 432-433, informațiile necesare pentru a demonstra nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor din structura organizațională în realizarea controlului calității.

Intervenientul arată că, potrivit documentației de atribuire (caietului de sarcini), a prezentat formularul 1E, la paginile 432-433, prin care a demonstrat nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor din structura organizațională în realizarea controlului calității, conform cerinței caietului de sarcini (punctul ii de la pagina 23).

De asemenea, intervenientul precizează că și în cazul acestei cerințe, ca și în cazul declarației privind protecția muncii, dacă autoritatea contractantă aprecia că informațiile comunicate prin propunerea tehnică nu sunt suficiente avea posibilitatea de a solicita, în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 134 din HG nr. 395/2016, clarificări privind completarea respectivelor informații, clarificare la care se putea prezenta formularul 1E, cât și declarația respectivă.

O astfel de clarificare nu putea fi apreciată ca fiind o clarificare care să creeze un avantaj ofertantului în raport de ceilalți participanți la

procedură, întrucât informațiile cuprinse în cele două documente sunt susținute de celelalte documente existente deja în cadrul ofertei, și au rol de confirmare.

Intervenientul arată că un alt aspect criticat de contestator privește faptul că SC ..... SRL și-ar fi completat oferta prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 265/07.08.2019, în sensul că prin acesta a transmis listele de cantități pentru executarea lucrărilor fără prețuri, declarația privind perioada de garanție acordată lucrărilor și proiectul de contract.

De asemenea, intervenientul arată că dispozițiile art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016 prevăd excepția de la regula prevăzută la alin. (6) potrivit căreia modificarea propunerii tehnice și financiare prin răspunsurile la clarificări conduce la respingerea ofertei ca inacceptabilă, astfel:

"*Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos:*

a) *pot fi încadrate în categoria viciilor de formă; sau*

b) *reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire".*

Totodată, intervenientul arată că alin. (8) al art. 134 din același act normativ reglementează ce se înțelege prin abatere tehnică minoră, respectiv *„acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte"*.

În același timp dispozițiile art. 134 alin. (9) prevăd faptul că "*O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale în următoarele situații:*

a) *cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depășește 1% din prețul total al ofertei;*

b) *cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice;*

c) *în urma corectării respectivei abateri/omisiuni, se constată că s-ar schimba clasamentul ofertanților;*

d) modificarea ar presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială;

e) modificarea vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, iar oferta inițială nu a fost în conformitate cu aceste cerințe".

Intervenientul precizează că din analiza acestor dispoziții legale se constată faptul că legiuitorul admite faptul că ofertele pot conține erori ce pot fi corectate chiar de către autoritatea contractantă. Dacă legiuitorul ar fi vrut să elimine orice ofertă care conține erori, textele de lege anterior invocate nu își mai găseau locul în hotărârea de guvern menționată.

De asemenea, intervenientul arată că art. 134 alin. (8) din același act normativ definește „abaterile tehnice minore" ca fiind *„acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte",* iar la alin. (9) se menționează în mod expres 5 cazuri limitative în care o modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale.

Intervenientul menționează că din analiza răspunsului la solicitarea de clarificări, cât și documentele prezentate odată cu acesta, se constată faptul că respectivele omisiuni nu se încadrează în categoria modificărilor propunerii tehnice care conduc la respingerea ofertei ca neconformă, întrucât prin răspunsul la clarificări se corectează o abatere tehnică minoră (o omisiune) care nu poate fi apreciată ca fiind o nouă ofertă.

Astfel, răspunsul la clarificări nu modifică clasamentul procedurii, omisiunea constată nu este cuantificată, nu modifică conținutul propunerii financiare, iar în cadrul documentației de atribuire autoritatea nu a prevăzut în mod expres faptul că omisiunea prezentării unor documente conduce la respingerea ofertei ca neconformă.

Întrucât corectarea acestor omisiuni nu era în măsură să conducă la depunerea unei noi oferte sau la crearea unui avantaj ofertantului, în raport de prevederile art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016, intervenientul consideră că, în mod corect, comisia de evaluare a solicitat clarificări cu privire la omisiunile constatate și a permis corectarea acestora.

Intervenientul arată că în acest sens este și decizia pronunțată de Consiliu, publicată în B02016_937, prin care se reține "*În consecință, CNSC apreciază că oferta contestatoarei nu se încadrează în niciunul dintre cele 4 cazuri limitative prevăzute de 80 alin. (4) din HG nr. 925/2006 în care o modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale, motiv pentru care Consiliul apreciază ca fiind întemeiată contestația formulată de S.C. ... S.R.L.".*

Mai mult, intervenientul precizează faptul că prin documentația de atribuire nu se prevede în mod expres faptul că nerespectarea în totalitate a prevederilor caietului de sarcini sau prevederile fișei de date privind modul de întocmire a ofertelor conduce la respingerea respectivei oferte ca neconformă.

Totodată, intervenientul precizează faptul că listele de cantități pentru executarea lucrărilor se regăsesc în cadrul ofertei sale, în secțiunea propunerii financiare. În acest context, prezentarea respectivelor documente nu poate fi apreciată ca fiind o modificare de ofertă.

Astfel, prin respectiva solicitare de clarificări autoritatea contractantă nu a creat un avantaj ofertantului SC ..... SRL, cum greșit susține contestatorul, ci a permis respectivului ofertant corectarea abaterilor tehnice minore constatate.

Intervenientul arată că un alt aspect criticat de contestator privește faptul că *"unele dintre prețurile articolelor din ofertă nu pot fi justificate",* în acest sens făcând trimitere la articolul 20010384 - Amestec pentru stabilizate execuție din nisip cu 7% ciment; materialul 20010380 - Amestec pentru stabilizate execuție din balast cu 6% ciment.

În opinia intervenientului, susținerile contestatorului sunt nefondate, întrucât calculația prezentată de acesta nu este reală, SC ..... SRL a ofertat amestec stabilizat în stații speciale de la producători autorizați, nicidecum amestec stabilizat in situ.

Prin urmare, contestatorul utilizează, prin supoziție, o calculație neasumată de SC ..... SRL. Mai mult, prețul de ciment prezentat este prețul de ciment la sac, nicidecum vrac, care este utilizat la producția de amestecuri stabilizate cu ciment, cimentul vrac este cu cca. 35% mai ieftin.

În concluzie, în raport de aceste considerente intervenientul apreciază ca fiind netemeinice și nelegale criticile contestatorului prin care susține neconformitatea ofertei depuse de SC ..... SRL.

Față de aceste considerente, intervenientul apreciază decizia autorității contractante prin care oferta depusă de SC ..... SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare, ca fiind temeinică și legală, motiv pentru care solicită respingerea contestației, admiterea cererii de intervenție și, pe cale de consecință, menținerea actelor emise de autoritatea contractantă, ca fiind temeinice și legale.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 39179/03.10.2019, contestatorul a formulat note scrise având în vedere cererea de intervenție depusă de ofertantul câștigător SC ..... SRL.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației, contestatorul precizează că intervenientul susține în mod eronat că societatea contestatoare ar fi depus contestația peste termenul prevăzut de lege. Cu toate acestea, contestatorul arată că intervenientul ignoră prevederile art. 5 alin. (2) prima teză din Legea nr. 101/2016 conform cărora: *„Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului."*

Așadar, în condițiile în care atât raportul procedurii de atribuire, cât și comunicarea privind rezultatul procedurii, au fost comunicate în data de 13.09.2019, contestatorul menționează că această dată nu va fi luată în calculul termenului de contestare de 5 zile. Prin urmare, termenul de contestare începea să curgă în data de 14.09.2019 și se împlinea la data de 19.09.2019, dată la care societatea sa a comunicat în mod legal contestația.

În ceea ce privește susținerile intervenientului referitoare la documentele care privesc subcontractantul ... SRL

Contestatorul arată că, într-o interpretare proprie, intervenientul susține că în ceea ce privește documentele constatatoare emise pentru contracte anterioare de achiziție publică încheiate de subcontractantul declarat ... SRL, legea aplicabilă este cea anterior în vigoare (OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006).

În acest context, contestatorul arată că intervenientul invocă prevederile legale anterior în vigoare care stabileau condițiile de excludere a unui operator economic din procedura de atribuire pe motivul existenței unor certificate constatatoare care constatau obligații neîndeplinite.

Astfel, contestatorul solicită Consiliului să observe însă că prezenta procedură de atribuire se desfășoară sub imperiul legislației în vigoare

(Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016), iar orice situație de excludere va fi apreciată numai în baza acestei legislații.

După cum lesne se poate observa, prevederile art. 167 alin. (1) lit. c), g) și h) nu fac nicio distincție în funcție de momentul la care a intervenit în trecut evenimentul care poate determina excluderea din procedura de atribuire. Singura condiție temporală impusă de art. 171 alin. (5) lit. b) este ca în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, să nu fi trecut o perioadă mai mare de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

Or, în speță, documentele constatatoare care consemnează neîndeplinirea obligațiilor din contracte anterioare încheiate de subcontractantul ... SRL au fost emise în luna august 2016, așadar cu mai puțin de 3 ani în urmă față de data depunerii ofertei.

Pe de altă parte, contestatorul arată că intervenientul susține că cele 5 documente constatatoare ar fi fost emise la data de 12.05.2016, însă această susținere este complet eronată. După cum se observă din anexele depuse atașat contestației noastre, fiecare dintre cele 5 documente constatatoare referitoare la ... SRL au fost emise la data de 05.08.2016.

De asemenea, contestatorul solicită Consiliului să observe că intervenientul invocă atât dispozițiile legii noi, cât și cele ale legii vechi după cum consideră potrivit în scopul susținerii argumentelor sale. Astfel, în timp ce în privința datei documentelor constatatoare, consideră relevant că au fost emise sub imperiul legislației anterior în vigoare, în ceea ce privește definiția abaterii profesionale grave și a încălcării contractuale grave sau repetate a obligațiilor care îi reveneau operatorului economic în cadrul unui contract de achiziție publică, înțelege să invoce prevederile legislației în vigoare.

Contestatorul precizează că este relevant faptul că, dincolo de gravitatea abaterii sau încălcărilor, pe de o parte, autoritatea contractantă ar fi trebuit cel puțin să verifice, să identifice existența documentelor constatatoare și să solicite clarificări operatorului economic, iar pe de altă parte nu poate fi ignorat caracterul repetat al încălcărilor.

De asemenea, este irelevant faptul că nivelul penalităților contractuale aplicate subcontractantului ... SRL este derizoriu.

<u>În ceea ce privește susținerile privind terțul susținător ... SA,</u> contestatorul arată că, într-o interpretare proprie, intervenientul susține că cerința art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 referitoare la desfășurarea efectivă de către terț a lucrărilor cu privire la care acordă susținerea prin experiență profesională ar fi aplicabilă numai atunci când terțul susține îndeplinirea cerințelor referitoare la resursele umane sau tehnice, în sensul art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Nu numai că o astfel de interpretare este total eronată, dar ignoră pe deplin faptul că textul art. 182 alin. (2) se referă la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, așadar 2 elemente diferite ce țin de capacitatea operatorului economic. Experiența profesională relevantă nu este altceva decât experiența similară a operatorului economic.

Așa cum a arătat în cuprinsul contestației, contestatorul precizează că legea națională transpune fidel prevederile articolului 63 para. (1) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice:

„(1) În ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (3) și criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (4), un operator economic poate, dacă este cazul și pentru un anumit contract, să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea. În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități. În cazul în care un operator economic dorește să se bazeze pe capacitățile altor entități, acesta dovedește autorității contractante că va avea la dispoziție resursele necesare, de exemplu prin prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens".

Totodată, contestatorul arată că reglementarea anterior citată încorporează jurisprudența CJUE din cauza C-324/14 Partner Apclski Dariusz împotriva Zarad Oczyszezania Miasta), Hotărârea din 7 aprilie 2016:

„Articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii coroborate cu articolul 44 alineatul (2) din această directivă trebuie interpretate în sensul că:

... recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura relațiilor dintre acesta și respectivele entități, cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract și

... nu este exclus ca exercitarea dreptului menționat să poată fi limitată, în împrejurări speciale, având în vedere obiectul contractului în cauză, precum și finalitățile acestuia. Această situație se regăsește în special atunci când capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea acestui contract nu pot fi transmise candidatului sau ofertantului, astfel încât acesta din urmă se poate prevala de respectivele capacități numai dacă această entitate terță participă direct și personal la executarea acelui contract".

În ceea ce privește susținerile privind accesul la un laborator autorizat, contestatorul precizează că și în ceea ce privește acest aspect, intervenientul nu face altceva decât să inducă în eroare Consiliul susținând că cerința din documentația de atribuire este îndeplinită prin simpla prezentare a autorizației laboratorului ... SRL.

Cu toate acestea, accesul efectiv la laboratorul invocat nu este demonstrat în niciun fel, iar o simplă declarație că va efectua într-un laborator autorizat toate încercările și determinările nu poate fi considerată suficientă.

În ceea ce privește susținerile privind motivele de neconformitate ale ofertei SC ..... SRL, contestatorul își menține punctul de vedere din contestație, respectiv faptul că în Graficul de execuție al SC ..... SRL nu sunt identificate succesiunea și interrelaționarea activităților și subactivităților și nici punctele cheie de control-jaloanele proiectului, care vor deveni puncte cheie ale managementului contractului. Elementele și planificarea propuse de SC ..... SRL nu sunt realiste având în vedere următoarele aspecte:

a. Rețeaua de canalizare pluvială, care interrelaționează direct cu tronsonul 2, începe în data de 02.11.2020 și durează până pe data de 23.06.2021;

b. Branșamentul de apă al fântânii arteziene, care interrelaționează direct cu tronsonul 2, începe în data de 15.01.2021 și durează până la data de 23.03.2021;

c. Rețeaua electrică, care interrelaționează direct cu tronsonul 2, începe pe data de 26.11.2020 și durează până la data de 17.03.2021.

Toate lucrările menționate la lit. a, b și c se vor executa pe lungimea Tronsonului 2 care, conform Graficului Gantt prezentat de SC ..... SRL începe în data de 01.06.2020 și durează până la data de 28.10.2020, având în vedere că lucrările care conțin activități de săpătură, montare canalizare pluvială, montare rețea de apă, montare rețea electrică și umplutură, au fost planificate de către ofertant după terminarea lucrărilor la Tronsonul 2, când asfaltarea și marcajul sunt finalizate.

Din acest motiv, contestatorul susține că Graficul Gantt prezentat de către SC ..... SRL necesită lucrări ce constau în spargerea/frezarea asfaltului nou așternut, reasfaltare și refacerea marcajului rutier pe porțiunea cu lucrări de canalizare aferentă Tronsonului 2 care ar fi finalizată în 28.10.2020, ceea ce determină concluzia că elementele și planificarea prezentate de către ofertantul declarat câștigător nu sunt realiste și acceptabile.

Totodată, în sprijinul concluziei anterioare, contestatorul a observat că în accepțiunea propunerii tehnice a ofertantului declarat câștigător, finisajele fântânii arteziene încep în data de 26.11.2020 și durează până la data de 18.01.2021.

Contestatorul arată că potrivit Graficului Gantt, lucrările de finisare a fântânii arteziene se vor face în lunile de iarnă, perioadă care cere măsuri speciale pentru continuarea lucrărilor sau oprirea lor. În conformitate cu prevederile reglementării tehnice Normativ pentru realizarea pe timp friguros a lucrărilor de construcții și a instalațiilor aferente, indicativ C 16-84 (BC 6/1985), investitorii, proiectanții și executanții lucrărilor de construcții au obligația de a lua măsuri speciale în realizarea lucrărilor de construcții în perioada cu temperaturi scăzute, considerată a fi intervalul cuprins între 15 noiembrie și 15 martie. Conform C16-1984, punctul 1.6., perioada 15 noiembrie-15 martie este considerată „perioadă convențională de timp friguros": apare probabilitatea ca zilele friguroase să depășească

90% din interval. Zi friguroasă se consideră ziua în care temperatura aerului exterior este inferioară valorii de 5 °C și nu există tendință de urcare. SC ..... SRL nu a prevăzut măsuri speciale pentru realizarea construcției în Graficul Gantt sau în metodologia prezentată (Procedura PT-HC45 de la pagina 425) pentru lucrările de finisaje, suprastructura, marcaje rutiere, montaj borduri, toate aceste lucrări fiind prevăzute în lunile de iarnă pe mai multe din tronsoanele din grafic.

De asemenea, contestatorul precizează că drumul critic nu este evidențiat pe toată durata de execuție, așa cum se cere în caietul de sarcini la pag. 24 - Cerințe de adaptare la contextul dat-evaluare bazată pe raționament profesional lit. c). Conform ofertei SC ..... SRL, drumul critic începe din 02.11.2020 și se termină la data de 26.03.2021, deși data de începere ar fi trebuit să fie 02.09.2019.

Drumul critic în graficul prezentat de către SC ..... SRL este reprezentat grafic doar de la pagina 550, săptămâna 45-02.11.2020, nu de la pagina 552, săptămâna 36 - 02.09.2019, așa cum se susține în cererea de intervenție.

Contestatorul arată că drumul critic reprezintă o succesiune de activități ce trebuie completate la timp pentru ca întregul proiect să fie terminat conform programului stabilit. Dacă data finală a proiectului a fost depășită, înseamnă că cel puțin o activitate critică nu a fost terminată la timp. Se poate ca o serie de activități să întârzie, însă întregul proiect să fie terminat la timp, deoarece activitățile nu erau critice. Pe de altă parte, dacă proiectul rămâne în urmă, atribuirea activităților non-critice de resurse suplimentare nu vor contribui la terminarea proiectului înainte de termenul limită. Drumul critic poate fi calculat numai dacă la toate activitățile le-a fost determinată succesiunea. Indiferent de gradul de complexitate al proiectului, întotdeauna există activități care pot fi completate mai devreme sau mai târziu fără a periclita termenul limită.

Graficul Gantt și graficul de execuție prezentate de ofertantul declarat câștigător nu au prevăzută perioada de mobilizare, așa cum se cere în caietul de sarcini la pag. 25 Cerințe de adaptare la contextul dat-evaluare bazată pe raționament profesional lit. a).

Graficul Gantt și graficul de execuție prezentate de ofertantul declarat câștigător nu au prevăzută întreruperea planificată a activității în timpul iernii (întreruperea planificată a activității din motive de timp nefavorabil, menționata în caietul de sarcini la pag. 23) pentru lucrări și nici nu au prevăzut măsuri speciale, așa cum se susține în cererea de intervenție prin PT-HC45, pentru lucrări de suprastructură, marcaje rutiere sau finisaje fântână arteziană.

Contestatorul precizează că SC ..... SRL nu tratează execuția lucrărilor și pe parcursul perioadei nefavorabile prin procedura PT-HC45 în întregime, așa cum susține, din această procedură lipsesc măsurile pentru lucrările de suprastructură, marcaj rutier, montare borduri și finisaj fântână arteziană, lucrări prevăzute în graficul de execuție în lunile de iarnă așa cum a menționat în contestație.

De asemenea, contestatorul arată că SC ..... SRL susține în cererea de intervenție că odată cu emiterea ordinului de începere, se prezintă un nou grafic de execuție, bazat pe date și informații de la data emiterii.

Or, o astfel de afirmație demonstrează că la întocmirea graficului de execuție și a graficului Gantt, SC ..... nu a ținut cont de cerințele beneficiarului, nu le-a dat importanță.

Contestatorul susține aceste afirmații prin următoarele demonstrații, trimise deja și prin contestație și răspunsul la punctul de vedere al autorității contractante.

Astfel, contestatorul menționează că graficul Gantt prezentat de SC ..... SRL nu corespunde realității și nu ilustrează corect lucrările din graficul fizic al execuției care este prezentat începând cu pagina 522 a propunerii tehnice. Graficul fizic începe la data de 02.09.2019 și se termină la data de 26.03.2021, între aceste date fiind un total de 571 zile calendaristice care reprezintă 19 luni (571 zile / 30 zile = 19 luni), ceea ce contravine cerințelor din documentația de atribuire.

La pagina 522 din propunerea tehnică a SC ..... SRL se regăsește graficul de execuție care începe în data de 02.09.2019, care reprezintă prima zi de lucru pe TRONSONUL 1, și se termină la data de 26.03.2021, care reprezintă ziua în care lucrările trebuie finalizate. În dreptul duratei sunt specificate 410 zile. Or, așa cum a demonstrat anterior, între aceste date curg 571 zile calendaristice, iar nu 410 zile calendaristice, așa cum menționează intervenientul.

Prin urmare, contestatorul precizează că graficul de execuție însumează 571 de zile calendaristice (astfel cum se poate observa din documentul atașat ca Anexa 2), și nu 410 cum, eronat, susține atât autoritatea contractantă, cât și intervenientul care a inclus informații denaturate atât în graficul Gantt, cât și în Planul calității din oferta tehnică depusă.

Contestatorul menționează că aceste neregularități nu au fost observate de autoritatea contractantă, ceea ce demonstrează clar neînțelegerea de către aceasta a graficului fizic prezentat în documentația tehnică a ofertantului declarat câștigător.

În continuare, contestatorul susține faptul că propunerea financiară nu este corelată cu propunerea tehnică. Posibilitatea de a folosi propriile consumuri de materiale, manopera, utilaje și transport, cu respectarea cerințelor cantitative și calitative, nu trebuie să anuleze cerințele din caietul de sarcini prevăzute la paginile 23, 24, 25 și 26, referitoare la demonstrarea corelării planului de management al calității cu caracteristicile contractului și metodologia de execuție, resursele utilizate.

Pentru a prezenta o ofertă în conformitate cu cerințele beneficiarului, respectiv Graficul Gantt corelat cu graficul de execuție și resursele alocate, contestatorul precizează că SC ..... SRL trebuia să prezinte toate resursele prevăzute în graficul de execuție și în lista de utilaje propuse pentru acest proiect, în caz contrar oferta tehnică prezentată este neconformă întrucât nu respectă cerințele minime ale autorității contractante din caietul de sarcini.

Contestatorul arată că prin cererea de intervenție (pag. 10 pct. 76), SC ..... SRL susține că "a fost solicitată la nivel declarativ forma de deținere a utilajelor și nu a fost solicitat un anumit număr, astfel încât informația de la pagina 517 din propunerea tehnică (care privește o singură freză) nu conduce la concluzia că în cazul în care se impune

folosirea mai multor utilaje acestea nu vor fi asigurate", ceea ce demonstrează din nou că nu a ținut cont de cerințele beneficiarului:

"*Pentru a demonstra corelarea planului de management al calității lucrărilor executate cu caracteristicile contractului și metodologia de execuție, se vor prezenta cât mai complet:*

i Descrierea sistemului calității aplicat la lucrare, inclusiv listele cuprinzând procedurile aferente sistemului calității, resursele utilizate și optimizarea acestora; (...)

iii Pentru a demonstra corelarea punctelor de realizare a investiției cu responsabilitățile pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele utilizate, se va prezenta un Grafic tip Gantt din care să rezulte succesiunea și interrelaționarea activităților și subactivităților, precum și punctele-cheie de control – "Jaloanele" proiectului, care vor deveni puncte cheie în managementul contractului, în baza lor putând fi emise situații de lucrări intermediare;(...)

- comisia de evaluare trebuie apoi să analizeze dacă ofertantul respectă cerințele și principalele ipoteze precizate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, precum și să stabilească, pe baza raționamentului profesional, dacă planificarea ofertantului este realistă și corelată cu metodologia de execuție și planul propriu de alocare a resurselor (acestea putând fi umane, materiale, inclusiv suportul oferit de personalul permanent (denumit generic backstopping) al organizației ce constituie operatorul economic care are calitatea de ofertant). (...)

<u>Cerințe de adaptare la contextul dat – evaluare bazată pe raționament profesional:</u>

(acestea constituie și criteriu de punctaj)

Metodologia de punctare se bazează pe următorii sub-factori:

a) Graficul Gantt propus este realist, de exemplu:

- calendarul prevăzut pentru mobilizare, perioadele de timp prevăzute pentru lucrările provizorii, pentru întreruperea activității din cauza condițiilor climatice nefavorabile, măsuri de siguranță, management de trafic, etc. sunt suficiente/rezonabile în raport cu complexitatea activităților pe care le implică și resursele alocate; (...)

- durata și secvența propusă a activităților aferente implementării contractului sunt în concordanță cu practicile industriei și corelate cu resursele propuse; (...)

c) Nivelul de detaliere al Graficului Gantt prezentat de ofertant este adecvat complexității lucrărilor (de exemplu, sunt luate în considerare toate activitățile principale și jaloanele aferente; se prezintă resursele alocate și ratele de productivitate ale acestora; este evidențiat drumul critic; se prezintă pentru fiecare activitate data de început și cea de sfârșit; se arată legăturile logice între activități; există o descriere narativă a programului de lucru furnizat, acoperind toate ipotezele importante - cum ar fi: perioadele de construcții, aprobările altor terțe părți, perioada de timp friguros și altele asemenea). (...)

e. Durata de execuție va fi fundamentată prin graficul de execuție și de descrierea detaliată a lucrărilor din punct de vedere tehnologic conform normativelor aplicabile fiecărei categorii de lucrări în parte, de resursele materiale, mecanice și de personal disponibilizate (nu se acceptă

prezentarea de contracte având ca obiect punerea la dispoziție de resurse umane, eventualele colaborări dintre operatorii economici urmând să fie materializate sub forma unor acorduri de asociere și/sau subcontractare), precum și de termenele de livrare a echipamentelor asumate de producător".

Contestatorul arată că prin argumentele expuse la pct. 74-77 din cererea de intervenție, SC ..... SRL dovedește că nu a ținut cont de cerințele beneficiarului, nu le-a dat importanță, nu a corelat propunerea financiară cu propunerea tehnică, iar autoritatea contractantă nu a evaluat corelarea dintre Grafic, resurse și propunerea financiară. Dacă ar fi ținut cont de cerințele beneficiarului și ar fi alocat numărul corect de resurse (reamintind aici freza, demonstrând în contestație că o singură freză nu poate susține graficul prezentat de către SC ..... SRL), oferta financiară a SC ..... ar fi avut o altă valoare, mult mai mare.

În ceea ce privește susținerile de la punctele 78-80, contestatorul menţionează că în formularele TEN-T din cadrul documentației de atribuire a fost prevăzută/solicitată și declarația privind condițiile de muncă și protecția muncii, pe care SC ..... SRL nu a prezentat-o împreună cu propunerea tehnică sau prin clarificări.

În ceea ce privește susținerile de la pct. 81-85 din cererea de intervenție, contestatorul arată că intervenientul declară că "...a prezentat în cadrul propunerii tehnice la filele 432-433 informații necesare pentru a demonstra nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor din structura organizațională". Cu toate acestea, contestatorul susține că SC ..... SRL nu a prezentat organigrama pentru a acest proiect, a prezentat doar o listă cu personalul implicat prevăzută în formularul 1E.

În ceea ce privește susținerile intervenientului de la pct. 99-101, contestatorul reiterează cele menționate în cuprinsul contestației, precizând că în măsura în care SC ..... SRL ar fi dorit să demonstreze contrariul ar fi prezentat defalcarea articolului pe resurse și preț așa cum au fost prevăzute în propunerea financiară.

În concluzie, pentru motivele arătate anterior, contestatorul solicită admiterea contestației cu consecința respingerii cererii de intervenție, anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 42351/13.09.2019, a raportului procedurii nr. 42260/13.09.2019 și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei clasate pe locul 1 și constatarea inadmisibilității ofertei SC ..... SRL, aceasta fiind inacceptabilă și neconformă.

Prin adresa nr. 154/..... înregistrată la CNSC sub nr. 39653/07.10.2019, intervenientul a formulat concluzii scrise în urma studierii dosarului achiziției publice la CNSC, solicitând: admiterea cererii de intervenție și, pe fond respingerea contestației ca nefondată, cu consecința menținerii tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice si legale.

<u>În ceea ce privește documentele subcontractantului ... SRL</u>

Intervenientul arată că prin concluziile scrise contestatorul precizează că în combaterea acestei critici intervenienta *"(...) invocă atât dispozițiile legii noi, cât și cele ale legii vechi după cum consideră potrivit (...). Astfel,*

în timp ce în privința datei documentelor constatatoare, consideră relevant că au fost emise sub imperiul legislației anterior în vigoare, în ceea ce privește definiția abaterii profesionale grave și a încălcării contractuale grave sau repetate a obligațiilor care îi reveneau operatorului economic în cadrul unui contract de achiziție publică, înțelege să invoce prevederile legislației în vigoare".

Contrar acestor susțineri, intervenientul precizează faptul că apărările sale cu privire la această critică au vizat două aspecte, primul aspect viza faptul că dispozițiile Legii nr. 98/2016 nu sunt incidente în ceea ce privește documentele constatatoare emise în temeiul legii vechi (OUG nr. 34/2006 și a HG nr 925/2006), iar celălalt aspect viza faptul că și în situația în care față de respectivele documente se apreciază ca fiind aplicabilă legea nouă, dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c), g) și h) cât și dispozițiile art. 171 alin. (5) lit. b), nu sunt incidente având în vedere natura abaterii.

Astfel, în ceea ce privește primul aspect, intervenientul arată că a susținut că, în speță, nu sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. c), g) și h) cât și dispozițiile art. 171 alin. (5) lit. b), întrucât documentele constatatoare au fost emise pentru contracte încheiate în temeiul OUG nr. 34/2006 și a HG nr. 925/2006.

Prin urmare, legea aplicabilă respectivelor documente constatatoare este aceeași lege aplicabilă și contractelor pentru care au fost emise, lege care prevede sub aspectul duratei efectelor pe care le produc respectivele documente o perioadă de timp diferită față de legea nouă, respectiv 2 ani în cazul documentelor emise în temeiul HG nr. 925/2006, față de 3 ani în cazul documentelor emise în temeiul Legii nr. 98/2016.

Sub acest aspect, intervenientul arată că a susținut că, în prezenta speță, cele 5 documente constatatoare, la care face referire contestatorul, care au fost emise la data de 12.08.2016 (dintr-o eroare de redactare a menționat 12.05.2016), în temeiul legii vechi, produc efecte juridice privind o posibilă excludere din cadrul unei proceduri de achiziție publică pe o perioadă de 2 ani potrivit legii în temeiul căreia au fost emise.

În ceea ce privește cel de al doilea aspect vizat, situația în care se apreciază ca fiind aplicabilă legea nouă respectivelor documente constatatoare, intervenientul arată că a apreciat că dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c), g) și h) cât și dispozițiile art. 171 alin. (5) lit. b), nu sunt incidente având în vedere natura abaterii.

În acest sens, a susținut faptul că, contractele pentru care au fost emise documentele constatatoare invocate au fost duse la bun sfârșit nefiind reziliate, iar aplicarea unor penalități de întârziere care au fost și recuperate nu reprezintă o încălcare gravă a obligațiilor contractuale în sensul dispozițiilor art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Față de aceste considerente și de cele expuse pe larg în cadrul cererii de intervenție, intervenientul apreciază că, în speță, nu sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. c), g) și h) cât și dispozițiile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește presupusele motive de inacceptabilitate ale ofertei SC ..... SRL

• Aspecte privind terțul susținător ... SA

Intervenientul arată că prin concluziile scrise se susține faptul că "*Într-o interpretare proprie, intervenienta susține că cerința art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, referitoare la desfășurarea efectivă de către terț a lucrărilor cu privire la care acordă susținerea prin experiență profesională ar fi aplicabilă numai atunci când terțul susține îndeplinirea cerințelor referitoare la resursele umane sau tehnice, în sensul art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016".*

Contrar acestor susțineri ale contestatorului, intervenientul arată că prin cererea de intervenție se susținea faptul că dispozițiile art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, instituie obligația terțului susținător de a desfășura efectiv lucrările numai în cazul în care se asigură susținerea ofertantului în ceea ce privește îndeplinirea cerințelor referitoare la resursele umane sau tehnice.

În susținerea acestei afirmații, a precizat faptul că, "criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g)" se referă la calificările educaționale și profesionale ale operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări sau ale personalului de conducere al operatorului economic, iar cerința privind "experiența profesională relevantă" se referă la experiența profesională (experiență generală, experiență specifică și experiență în domeniul studiilor) a personalului cheie solicitat prin documentație.

De asemenea, în cadrul cererii de intervenție a precizat faptul că cerința privind "experiența similară" este cerința prin care ofertantul fie individual, fie prin terț susținător/subcontractant, după caz, demonstrează faptul că are experiență în executarea contractelor de complexitatea celor ce urmează a se atribui, pentru care în cadrul ofertei trebuie să depună documente relevante.

Astfel, pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, în raport de prevederile art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, ofertantul SC ..... SRL a prezentat, în cadrul ofertei societatea ... SA în calitate de terț susținător și nicidecum în calitate de subcontractant pentru executarea unei părți în contract, sau a contractului în integralitate, cum greșit susține contestatorul.

În acest sens, în prezenta speță, resursele puse la dispoziția ofertantului de către terțul susținător constau în toate documentele prezentate pentru demonstrarea cerinței privind experiența similară, cât și în sprijinul acordat în situația în care ofertantul se află în imposibilitatea de a duce la bun sfârșit contractul.

Deși legislația privind achizițiile publice nu definește în mod expres ce se înțelege prin terț susținător aceasta reglementează procedura în care terțul poate acorda susținere cât și verificările pe care trebuie să le facă o autoritatea contractantă în raport de acesta (art. 182 și art.183 din Legea nr. 98/2016). Astfel, între calitate de terț susținător și calitatea de subcontractant și ofertant există diferențe majore.

Mai mult, în cadrul legislației privind achizițiile publice nu se prevede obligativitatea dublării calității de terț susținător cu cea de subcontractant sau de ofertant/asociat. Astfel, fiecare dintre potențialii participanții la procedură sunt liberi să decidă cu privire la modalitatea în care vor oferta,

ofertă individuală/în asociere, cu susținere sau nu din partea unui terț, dacă vor apela sau nu la un subcontractant.

Intervenientul precizează că susținerea contestatorului potrivit căreia terțul susținător trebuie să dețină în mod obligatoriu și a doua calitate de subcontractant, este lipsită de fundament legal, atâta timp cât legiuitorul a prevăzut în mod expres posibilitatea prezentării unei susțineri din partea unui terț în cadrul unei procedurii de achiziție publică, fără a impune modalitatea susținută de contestator.

Față de aceste considerente și de cele prezentate în cadrul cererii de intervenție, intervenientul solicită respingerea acestei critici ca fiind nefondată.

• Aspecte privind accesul la un laborator autorizat

Intervenientul arată că prin concluziile depuse se susține faptul că prin prezentarea autorizației laboratorului SC ... SRL, nu se demonstrează accesul la laboratorul invocat, precum și că "*o simplă declarație că va efectua într-un laborator autorizat toate încercările și determinările nu poate fi considerată suficientă".*

Contrar susținerilor contestatorului, intervenientul precizează faptul că, pe de o parte, în cadrul propunerii tehnice a fost prezentată autorizația laboratorului SC ...SRL, și declarația potrivit căreia toate încercările și determinările cerute prin caietul de sarcini și orice alte încercări și determinări cerute de Consultant se vor efectua într-un laborator autorizat și, pe de altă parte că, în planul calității aplicat la lucrare (pagina 29) conform ISO 9001, se precizează la punctul 4.9.3.1 LABORATOARE ACREDITATE PENTRU EFECTUAREA ANALIZELOR ȘI ÎNCERCĂRILOR: Laborator acreditat pentru efectuarea analizelor și încercărilor: Laborator de analize și încercări în construcții - gr. II- ...

Față de aceste informații prezentate în cadrul ofertei depuse SC ..... SRL autoritatea contractantă a considerat respectiva cerință ca fiind îndeplinită.

Mai mult decât atât, așa cum a arătat și prin cererea de intervenție depusă, contestatorul menționează că dacă autoritatea contractantă aprecia că respectivele informații nu sunt suficiente pentru a demonstra accesul la respectivul laborator autorizat avea posibilitatea de a solicita clarificări, în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 134 din HG nr. 395/2016.

În concluzie, intervenientul consideră că susținerile contestatorului cu privire la această critică sunt nefondate.

În ceea ce privește presupusele motive de neconformitate ale ofertei SC ..... SRL

Intervenientul arată că prin concluziile depuse se susține faptul că, își menține "punctul de vedere din contestație, în Graficul de execuție al ..... SRL neputând fi identificate succesiunea și interrelaționarea activităților și subactivităților și nici punctele cheie de control-jaloanele proiectului, care vor deveni puncte cheie ale managementului contractului".

Contrar susținerilor contestatorului intervenientul precizează faptul că în graficul Gantt prezentat se regăsește succesiunea și interrelaționarea activităților și subactivităților sub forma unor săgeți de relație.

Mai mult, intervenientul subliniază faptul că prin documentația de atribuire nu a fost impus un anumit model de grafic Gantt și implicit niciun model de defalcare a activităților și subactivităților contractului și o impunere a punctelor cheie de control/jaloanelor. Astfel, graficul Gantt prezentat conține modul de abordare și planificarea activităților, subactivităților și a punctelor cheie stabilite la data depunerii ofertei.

De asemenea, intervenientul consideră nefondată și susținerea contestatorului potrivit căreia "*lucrările de finisare a fântânii arteziene se vor face în lunile de iarnă, perioada care cere măsuri speciale pentru continuarea lucrărilor sau oprirea lor, în conformitate cu prevederile reglementării tehnice (...) ofertantul nu a prevăzut măsuri speciale pentru realizarea construcției în Graficul Gantt sau în metodologia prezentată",* întrucât în cadrul propunerii tehnice societatea sa a prezentat procedura PT- HC45 privind execuția lucrărilor pe timp nefavorabil.

Contrar susținerilor din concluziile scrise potrivit cărora "*nu au fost prevăzute măsuri speciale pentru realizarea construcției în graficul Gantt sau în metodologia prezentată*", intervenientul arată că în cadrul procedurii menționate se precizează în mod expres că "*Măsurile de protecție pe timp friguros se vor lua când temperatura mediului ambiant (măsurată la ora 8 dimineața) este mai mică de +5 C și în perioadele cu precipitații abundente".*

De asemenea, în carul respectivei procedurii se prevede "*Pentru realizarea pe timp nefavorabil a lucrărilor de construcții și instalații aferente trebuie să se ia din timp o serie de măsuri tehnico - organizatorice:*

- *amenajări generale de șantier și măsuri pentru asigurarea calităților lucrărilor*
- *construcții speciale de șantier*
- *instalații și rețele de șantier*
- *depozitarea și conservarea materialelor*
- *utilajele și mijloacele de transport*
- *instalațiile de încălzire tehnologică și utilitară*
- *înregistrări de date meteorologice necesare șantierului*
- *securitatea și sănătatea muncii*
- *prevenirea și stingerea incendiilor*
- *protejarea obiectelor sistate".*

cât și faptul că pentru aplicarea acestei proceduri se vor respecta dispoziții legale incidente în materie, printre care și C16-84 - Normativ pentru executarea pe timp friguros a lucrărilor de construcții și instalații cât și prevederile caietului de sarcini.

Mai mult, intervenientul subliniază faptul că graficul Gantt prezentat este unul care la data semnării contractului se actualizează conform noilor informații disponibile, astfel datele de început și datele de finalizare a activităților/subactivităţilor contractului se actualizează în permanență, această afirmație nefiind în măsură să conducă la concluzia susținută de contestator potrivit căreia *"această informație demonstrează că la momentul întocmirii graficului de execuție nu a ținut cont de cerințele beneficiarului, nu le-a dat importanță."*

Prin această susținere intervenientul arată faptul că informațiile din acest grafic sunt certe în ceea ce privește durata de execuție a lucrărilor, însă nu este certă în ceea ce privește perioada calendaristică în care aceste lucrări urmează să se execute, întrucât data de începere a lucrărilor este variabilă, în funcție de data semnării contractului.

De asemenea, intervenientul consideră nefondată și susținerea privind drumul critic, potrivit căreia acesta *"începe din 02.11.2020 și se termină la data de 26.03.2021, deși data de începere ar fi trebuit să fie 02.09.2019 cum greșit susține intervenienta",* întrucât drumul critic prezentat are data de începere 02.09.2019 și data de finalizare 27.03.2019.

Intervenientul arată că acest aspect se poate identifica foarte ușor analizând și ultima pagina din propunerea tehnică, unde este evidențiată data de început și data de sfârșit a drumului critic, precum și prima pagina și ultima pagina a graficului Gantt, unde prima linie a tabelului evidențiată cu roșu începe la data de 02.09.2019 pe prima pagină și se finalizează la data de 27.03.2019 pe ultima pagină a graficului Gantt.

De asemenea, intervenientul arată că un al aspect de neconformitate invocat de contestator constă în faptul că "(....) nu are prevăzută întreruperea planificată a activității în timpul iernii", aspect care este în contradicție cu propunerea tehnică depusă, întrucât, așa cum a mai precizat, SC ..... SRL tratează execuția lucrărilor și pe parcursul perioadei nefavorabile, conform procedurii PT-HC45, astfel nu există niciun impediment ca societatea sa să efectueze lucrări în perioada de timp nefavorabil.

Referitor la lucrările executate pe timp friguros, intervenientul arată că în cadrul procedurii PT-HC45 se precizează faptul că aceasta se aplică tuturor lucrărilor executate pe timp friguros, implicit și lucrărilor pe care contestatorul le menționează că nu sunt tratate, și suplimentar, pentru structura, marcaj rutier, montare borduri, finisaj fântână arteziană, cu atât mai mult cu cât în cadrul procedurilor prezentate pentru aceste categorii de lucrări este tratată execuția lucrărilor pe întreaga perioadă de execuție a contractului, inclusiv pentru perioada de timp friguros.

Mai mult, așa cum a arătat și prin cererea de intervenție, intervenientul precizează că în cadrul propunerii sale tehnice există materiale, aditivi utilizați pentru diferite situații, cât și metodologii care permit execuția de lucrări pe perioada de timp friguros. Mai mult, odată cu emiterea ordinului de începere, se prezinta un nou grafic de execuție, bazat pe date și informații de la data emiterii.

Intervenientul arată că un alt aspect semnalat de către contestator constă în faptul că perioada de execuție a lucrărilor prezentate în graficul Gantt a fost de 410 zile lucrătoare, 18,6 luni, deși prin caietul de sarcini se prevede durata de execuție de 18 luni.

Astfel, intervenientul consideră nefondate aceste susțineri ale contestatorului, având în vedere faptul că graficul Gantt prezentat de SC ..... SRL reprezintă o diagramă care ilustrează activitățile din proiect, desfășurate în timp, indicând timpii de începere și respectiv de finalizare, precum și durata acestor activități. Graficul Gantt prezentat a fost interpretat de autoritatea contractantă împreună cu graficul de

execuție, prezentat în cadrul ofertei tehnice la pagina 521, grafic de execuție care se întinde pe o perioada de 18 luni de zile, conform cerinței din documentația de atribuire.

De asemenea, intervenientul subliniază faptul că la pagina 521 din oferta tehnică perioada de execuție a lucrărilor este 18 luni. Durata de 18 luni se regăsește și în Planul Calității aplicat la lucrare (pagina 21 din oferta tehnică depusă), punctul 4.3.4. DURATA DE EXECUŢIE A CONTRACTULUI/LUCRĂRILOR/GARANŢIA ACORDATĂ: 18 LUNI conform grafic de execuție. Coroborând graficul de execuție cu Graficul Gantt, se observă că cele 410 zile menționate în grafic sunt zile calendaristice și nu zile lucrătoare, așa cum greșit menționează contestatorul.

Totodată, intervenientul arată că societatea contestatoare susține faptul că Propunerea financiară nu este corelată cu propunerea tehnică, cât și faptul că "*Posibilitatea de a folosi propriile consumuri de materiale, manopera, utilaje și transport, cu respectarea cerințelor cantitative și calitative, nu trebuie să anuleze cerințele din caietul de sarcini prevăzute la paginile 23, 24, 25 si 26, referitoare la demonstrarea corelării planului de management al calității cu caracteristicile contractului și metodologia de execuție, resursele utilizate*".

Intervenientul consideră nefondată această susținere, întrucât prin clarificările transmise de către autoritatea contractantă în etapa depunerii ofertelor a fost indicată posibilitatea ofertanților de a folosi propriile consumuri de materiale, manoperă, utilaje și transport, cu respectarea cerințelor cantitative și calitative prevăzute în caietele de sarcini și proiectul tehnic și în concordanță cu actele normative și reglementările în vigoare.

În acest sens, intervenientul arată că la pagina 13 din oferta tehnică, a declarat: *„.... va avea grijă la înțelegerea și satisfacerea cerințelor exprimate de client prin proiectul de execuție și caietul de sarcini; asigurarea infrastructurii, utilajele necesare și personalul calificat/competent pentru realizarea acestei lucrări..."* și că *„...dispune de utilaje și echipamente proprii, precum și utilaje conform Anexa 1 la Contractul nr. 16/19.06.2019 (CONTRACT DE ÎNCHIRIERE UTILAJE SAU MIJLOACE DE TRANSPORT PT. CONSTRUCŢIE)".*

Întrucât prin documentația de atribuire nu s-a solicitat o anumită categorie de utilaje și un anumit număr, la întocmirea planului de management al calității și metodologiei de execuție, intervenientul menționează că a ținut cont de toate resursele de care dispunea pentru executarea respectivului contract (fie proprii, fie închiriate).

Deoarece potrivit documentației forma de prezentare a resurselor și numărul minim necesar executării contractului le stabilește fiecare ofertant în funcție de metodologia proprie, intervenientul menționează că a prezentat toate resursele prevăzute în graficul de execuție și în lista de utilaje pentru acest proiect, în concordanță cu solicitarea din documentația de atribuire. Mai mult, comisia de evaluare evaluează oferte depuse în raport de prevederile documentației de atribuire și nu prin compararea ofertelor între acestea.

De asemenea, intervenientul consideră nefondate susținerile cu privire la lipsa declarației privind condițiile de muncă și protecția muncii,

având în vedere faptul că în cadrul ofertei tehnice, la pagina 469 ofertantul a declarat că *„la elaborarea propunerii tehnice a ținut cont de respectarea reglementărilor specifice din domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă, în conformitate cu art. 51, din Legea 98/2016*" - cerința minimă fiind îndeplinită.

Totodată, intervenientul arată că tot în cadrul ofertei tehnice, la pagina 42, a declarat că *„Pe durata executării lucrărilor se vor respecta normele tehnice ale securității, protecției și igiena muncii, prevăzute de actele normative în vigoare".*

Contrar susținerilor contestatorului cu privire la lipsa organigramei, așa cum a mai arătat, intervenientul precizează că a prezentat în cadrul propunerii tehnice, la pag. 432-433, informațiile necesare pentru a demonstra nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor din structura organizațională în realizarea controlului calității.

Conform documentației de atribuire (caietului de sarcini), intervenientul arată că a prezentat formularul 1E la paginile 432-433, prin care a demonstrat nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor din structura organizațională în realizarea controlului calității, conform cerinței caietului de sarcini (punctul ii. de la pagina 23).

Mai mult, intervenientul precizează că și în cazul acestei cerințe ca și în cazul declarației privind protecția muncii, dacă autoritatea contractantă aprecia că informațiile comunicate prin propunerea tehnică nu sunt suficiente, avea posibilitatea de a solicita, în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 134 din HG nr. 395/2016, clarificări privind completarea respectivelor informații, clarificare la care se putea prezenta formularul 1E, cât și declarația respectivă.

Intervenientul arată că un alt aspect criticat de contestator privește faptul că SC ..... SRL și-ar fi completat oferta prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 265/07.08.2019, în sensul că prin acesta a transmis listele de cantități pentru executarea lucrărilor fără prețuri, declarația privind perioada de garanție acordată lucrărilor și proiectul de contract.

Intervenientul menționează că aceste susțineri ale contestatorului sunt contrare dispozițiilor art. 134 alin. (7), (8) și (9) din HG nr. 395/2016, care reglementează în mod expres situațiile în care răspunsurile la solicitările se apreciază ca fiind o modificare a propunerii tehnice.

Din analiza acestor dispoziții legale se constată faptul că legiuitorul admite faptul că ofertele pot conține erori ce pot fi corectate chiar de către autoritatea contractantă. Dacă legiuitorul ar fi vrut să elimine orice ofertă care conține erori, textele de lege anterior invocate nu își mai găseau locul în hotărârea de guvern menționată.

Intervenientul precizează că din analiza răspunsului la solicitarea de clarificări, cât și documentele prezentate odată cu acesta, se constată faptul că respectivele omisiuni nu se încadrează în categoria modificărilor propunerii tehnice care conduc la respingerea ofertei ca neconformă, întrucât prin răspunsul la clarificări se corectează o abatere tehnică minoră (o omisiune) care nu poate fi apreciată ca fiind o nouă ofertă.

Astfel, răspunsul la clarificări nu modifică clasamentul procedurii, omisiunea constată nu este cuantificată, nu modifică conținutul propunerii financiare, iar în cadrul documentației de atribuire autoritatea nu a prevăzut în mod expres faptul că omisiunea prezentării unor documente conduce la respingerea ofertei ca neconformă.

Întrucât corectarea acestor omisiuni nu era în măsură să conducă la depunerea unei noi oferte sau la crearea unui avantaj ofertantului, în raport de prevederile art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016, intervenientul consideră că, în mod corect, comisia de evaluare a solicitat clarificări cu privire la omisiunile constatate și a permis corectarea acestora.

Intervenientul arată că în acest sens este și decizia pronunțată de Consiliu, publicată în B02016_937, prin care se reține "*În consecință, CNSC apreciază că oferta contestatoarei nu se încadrează în niciunul dintre cele 4 cazuri limitative prevăzute de 80 alin. (4) din HG nr. 925/2006 în care o modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale, motiv pentru care Consiliul apreciază ca fiind întemeiată contestația formulată de S.C. ... S.R.L.".*

Mai mult, intervenientul precizează faptul că prin documentația de atribuire nu se prevede în mod expres faptul că nerespectarea în totalitate a prevederilor caietului de sarcini sau prevederile fișei de date privind modul de întocmire a ofertelor conduce la respingerea respectivei oferte ca neconformă.

Totodată, intervenientul precizează faptul că listele de cantități pentru executarea lucrărilor se regăsesc în cadrul ofertei sale, în secțiunea propunerii financiare. În acest context, prezentarea respectivelor documente nu poate fi apreciată ca fiind o modificare de ofertă.

Astfel, intervenientul menționează că prin respectiva solicitare de clarificări autoritatea contractantă nu a creat un avantaj ofertantului SC ..... SRL, cum greșit susține contestatorul, ci a permis respectivului ofertat corectarea abaterilor tehnice minore constatate.

Intervenientul arată că un alt aspect criticat de contestator privește faptul că *"unele dintre prețurile articolelor din ofertă nu pot fi justificate",* făcând trimitere în acest sens la articolul 20010384 - Amestec pentru stabilizate execuție din nisip cu 7% ciment; materialul 20010380 - Amestec pentru stabilizate execuție din balast cu 6% ciment.

Cu privire la această critică, intervenientul își menține susținerile din cererea de intervenție, precizând că susținerea contestatorului din concluziile scrise, potrivit căreia "în măsura în care ..... SRL ar fi dorit să demonstreze contrariul, ar fi prezentat defalcarea articolului pe resurse și preț așa cum au fost prevăzute în Propunerea Financiară" demonstrează faptul că susținerile din contestație sunt nefondate.

Mai mult, intervenientul arată că potrivit art. 249 din codul de procedură civilă, cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, prin urmare contestatorul trebuie să dovedească că prețurile respective nu au fost corect ofertate.

În concluzie, în raport de aceste considerente, intervenientul apreciază ca fiind netemeinice și nelegale criticile contestatorului prin care susține neconformitatea ofertei depuse de SC ..... SRL.

Față de aceste considerente, intervenientul apreciază decizia autorității contractante prin care oferta depusă de SC ..... SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare, ca fiind temeinică și legală, motiv pentru care solicită respingerea contestației, admiterea cererii de intervenție și pe cale de consecință menținerea actelor emise de autoritatea contractantă, ca fiind temeinice și legale.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "...", cod CPV 45233140-2. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț".

În procesul-verbal nr. 1 de vizualizare a ofertelor depuse în SICAP, înregistrat sub nr. 30576/01.07.2019, s-a consemnat depunerea a 2 oferte.

În raportul procedurii nr. 42260/13.09.2019, s-a consemnat admisibilitatea celor 2 oferte, precum și desemnarea ofertei depuse de SC ..... SRL ca fiind câștigătoarea procedurii, cu o propunere financiară de 16.848.045,32 lei fără TVA.

Împotriva deciziei autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta depusă de SC ..... SRL, comunicată prin adresa nr. 42351/13.09.2019, ... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. 1928/2019.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond.

Având în vedere norma anterior invocată, Consiliul va proceda la soluționarea excepției tardivității contestației, invocată de intervenientul SC ..... SRL, pe care o va respinge ca neîntemeiată.

În acest sens, potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 42351/13.09.2019, ... SRL a transmis contestația atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă, în data de 18.09.2019, prin poștă.

Astfel, luând în considerare că ..... SRL critică adresa nr. 42351/13.09.2019, reprezentând rezultatul procedurii de atribuire, despre care a luat la cunoştinţă la data de 13.09.2019, raportat la data formulării contestaţiei, respectiv 18.09.2019 și ținând cont de prevederile art. 183 alin. (1) din Codul de procedură civilă, respectiv „Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poştal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare ori trimis prin fax sau e-mail, este socotit a fi făcut în termen", Consiliul reţine că, în cauză, contestatorul a respectat termenul de 5 zile impus de legiuitor, conform dispoziţiilor art. 16 alin. (1)

din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 8 alin. (1) lit. b) din același act normativ.

Pe fondul contestației formulate de către ..... SRL, Consiliul retine urmatoarele:

Contestatorul, SC ..... SRL, invoca mai multe motive pentru care considera ca oferta declarata castigatoare, depusa de SC ..... SRL, nu ar fi trebuit sa fie declarata admisibila, dupa cum urmeaza:

- incidenta, in ceea ce priveste subcontractantul SC ... SRL, subcontractant declarat de ofertantul SC ..... SRL, a prevederilor art. 167 alin. (1) lit. c), g) și h) din Legea nr. 98/2016 întrucât acesta nu a dezvăluit în DUAE existența și publicarea în SEAP a 5 documente constatatoare negative care constată neîndeplinirea unor contracte de achiziție publică anterioare și aplicarea unor penalități de întârziere;
- demonstrarea incorecta/incompleta a cerintei privind experienta similara prin apelarea la tertul sustinator ... SA.
- nedemonstrarea accesului la un laborator autorizat.
- prezentarea incorecta si cu date contradictorii a graficului Gantt.
- necorelarea dintre propunerea financiara si oferta tehnica in ceea ce priveste functionarea utilajelor de tip „*freza rutiera*”.
- neprezentarea unor documente solicitate prin documentatie (declarațiile privind condițiile de muncă și protecția muncii, organigrama)

1. Asupra primului punct, Consiliul retine ca în privința operatorului economic SC ... SRL, subcontractant declarat de ofertantul SC …… SRL, au fost emise cinci documente constatatoare de către Consiliul Județean Arad pentru îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor care îi reveneau în temeiul unor contracte de achiziție publică.

La data depunerii ofertei, inclusiv a formularului DUAE de către subcontractantul ... SRL, documentele constatatoare erau publicate în SEAP.

Consiliul apreciaza ca autoritatea contractanta nu era in situatia de a exclude oferta depusă de SC ..... SRL, dar trebuia să solicite înlocuirea subcontractantului declarat ... SRL, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. c), g) și h) din Legea nr. 98/2016 întrucât acesta nu a mentionat în DUAE existența și publicarea în SEAP a 5 documente constatatoare negative.

Contrar opiniei exprimate de intervenient, si in cazul documentelor constatatoare emise anterior intrarii in vigoare a Legii nr. 98/2016, sunt aplicabile, **in ceea ce priveste termenul de 3 ani**, prevederile art. 171 alin. 5 din legea nr. 98/2016:

"(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioada, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

a) (...);

*b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de **3 ani** de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant*".

Jurisprudenta Consiliului si a Curtilor de Apel este ferma si unitara in aceasta privinta.

In acest sens redam considerentele din Decizia Curtii de Apel ..... nr. 7203/2018:

„In secundar, alin. 5 face referire concreta la perioada de excludere din procedurile de atribuire a potentialilor ofertanti, diferentiind si stabilind perioade de excludere distincte fata de ipoteza in care interdictia participării la procedurile de atribuire prevăzute de Legea 98/2016 a fost stabilita printr-o hotărâre definitiva, respectiv nu a fost stabilita printr-o hotărâre definitiva.

Desi nici OUG nr, 34/2006, si nici Legea 98/2016 nu califica in mod expres perioadele de excludere ca flind termene de prescriptie, atat termenul de 5 ani prevăzut de art. 171 alin. 5 lit a, cat si termenul de 3 ani prevăzut de art. 171 alin. 5 lit. b sunt perioade de excludere, determinate expres prin lege, in decursul cărora potentialilor ofertanti/candidate le este limitat dreptul de a mai participa/inscrie la procedurile de atribuire, nicidecum termene de prescriptie.

Atâta timp cat procedura de atribuire a Contractului din prezenta cauza se deruleaza potrivit dispoziliilor legii in vigoare la momentul inceperii procedurii (in cauza Legea nr. 98/2016), si nu potrivit dispozitiilor legii anterioare, este firesc ca si conditiile de inscriere si/sau elegibilitate sa fie cele prevăzut de legea in vigoare la momentul desfasurării procedurii de atribuire.

Concluzionând, legea incidenta nu se poate aplica procedurilor de achizitie publica doar sub anumite aspecte, ci sub toate aspectele prevăzute in legătura cu procedura de atribuire, aspecte printre care se număra si cazurile de excludere/ interdiciiile de inscriere/ participare la procedurile de achizi!ie publica."

Intrucat, termenul de trei ani de la emiterea documentelor constatatoare nu expirase la momentul depunerii ofertelor, acestea trebuiau luate in considerare atat in completarea DUAE cat si in actiunea autoritatii contractante.

2. In ceea ce priveste demonstrarea de catre ofertantul SC ..... SRL a indeplinirii cerintei privind experienta similara prin intermediul tertului sustinator ... SA, Consiliul retine ca potrivit prevederilor art. 182 alin (3) si (4) din Legea nr. 98/2016:

„(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

(4) ***Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament***".

De asemenea, conform art. 48 din HG nr. 395/2016:

„(1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională, invocând suportul unui/unor terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate. Subcontractanții pe a căror capacități ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.

(2) ***Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:***

a) terțul/terții susținător(i) pot dovedi că dețin resursele invocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;

b) ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant".

Consiliul constata ca ofertantul SC ..... SRL a demonstrat indeplinirea cerintei privind experienta similara solicitata, exclusiv invocand suportul tertului sustinator ... SA (nu in completarea propriei experiente).

Oferta SC ..... SRL contine „Angajamentul privind sustinerea tehnica si profesionala a ofertantului” emis de tertul sustinator ... SA (pagina 216 din volumul 1 al dosarului achizitiei publice), contine doua documente vizand experienta anterioara a tertului sustinator, dar nu indeplineste prevederile art. 182 alin (4) din Legea nr. 98/2016, nefiind prezentate „documente transmise de către terțul susținător, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament” .

Argumentele contestatorului potrivit carora SC ..... SRL nu deține nici experiența profesională necesară și nici resursele aferente pentru execuția contractului apar ca fiind intemeiate din documentele aflate la dosarul cauzei, tertul sustinator ... SA nefiind nominalizat ca subcontractant.

Necesitatea transmiterii acestor documente este confirmata si de interpretarea prevederilor referitoare la tertul sustinator continute in Directiva 2004/18/CE, cuprinse in Hotărârea CJUE din 7 aprilie 2016, cazul Apelski Dariusz împotriva Zarzad Oczyszezania Miasta:

„Articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii coroborate cu articolul 44 alineatul (2) din această directivă trebuie interpretate în sensul că:

... recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura

relațiilor dintre acesta și respectivele entități, ***cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract*** *și*

... nu este exclus ca exercitarea dreptului menționat să poată fi limitată, în împrejurări speciale, având în vedere obiectul contractului în cauză, precum și finalitățile acestuia. Această situație se regăsește în special atunci când ***capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea acestui contract nu pot fi transmise candidatului sau ofertantului, astfel încât acesta din urmă se poate prevala de respectivele capacități numai dacă această entitate terță participă direct și personal la executarea acelui contract***".

In concluzie, Consiliul apreciaza ca intemeiata critica formulata de contestator.

3. Prin clarificarea nr. 1 (nr. 29.106/24.06.2019), punctul 1, autoritatea contractanta a solicitat ofertantilor prezentarea unui acord cu un laborator autorizat. Consiliul constata ca ofertantul SC ..... SRL nu a indeplinit aceasta cerinta. Acesta a prezentat, in copie, în propunerea tehnică, (paginile 511 - 513) autorizația laboratorului SC ... SRL, iar la pagina 39 a declarat că „va efectua, într-un laborator autorizat, toate încercările și determinările cerute de prezentul Caiet de Sarcini și orice alte încercări și determinări cerute de Consultant" dar nu a prezentat niciun acord cu respectivul laborator.

4. Si critica contestatorului privind anumite date cuprinse în graficul Gantt prezentat de SC ..... SRL, Consiliul o apreciaza ca fiind pertinenta.

Asa cum sunt prezentate termenele de executie, se constata ca, intr-adevar, respectarea acestora ar conduce la distrugerea si necesitatea refacerii unor lucrari de asfaltare ulterior finalizarii acestora pentru a se finaliza lucrari de canalizare pluvială, montare rețea de apa sau montare rețea electrică.

Astfel, conform graficului prezentat, in timp ce lucrarile pe lungimea Tronsonului 2 (incluzand finalizarea asfaltarii si marcajelor rutiere) încep în data de 01.06.2020 și durează până la data de **28.10.2020**, lucrarile care ar fi trebuit finalizate inainte sunt programate ulterior: rețeaua de canalizare pluvială (in relație directa cu tronsonul 2) începe în data de **02.11.2020** și durează până pe data de **23.06.2021**, branșamentul de apă al fântânii arteziene (in relație directa cu tronsonul 2) începe în data de **15.01.2021** și durează până la data de **23.03.2021**, rețeaua electrică(in relație directa cu tronsonul 2) începe pe data de **26.11.2020** și durează până la data de **17.03.2021**.

In fapt, asa cum corect sustine contestatorul, graficul Gantt prezentat de către SC ..... SRL necesită lucrări ce constau în spargerea/frezarea asfaltului nou așternut, reasfaltare și refacerea marcajului rutier pe porțiunea cu lucrări de canalizare aferentă Tronsonului 2, situatie pe de o parte inacceptabila iar pe de alta parte necesitand costuri suplimentare neacoperite in propunerea financiara.

In ceea ce priveste operatiunile pentru care ofertantul SC ..... SRL a prevazut executia in perioada de iarna, perioadă care cere măsuri speciale pentru continuarea lucrărilor sau oprirea lor, Consiliul apreciaza ca aspectele criticate nu mai sunt relevante intrucat startul lucrarilor va fi semnificativ decalat, analiza graficului de executie fiind posibila doar sub aspectul duratei si succesiunii activitatilor.

In concluzie, la acest punct, chiar daca sub aspectul datelor de incepere ale diferitelor etape de executie a lucrarilor, termenele prognozate nu mai pot fi respectate in nicio oferta depusa (lucrarile erau programate sa inceapa in septembrie 2019), durata, succesiunea și interrelaționarea activităților și subactivităților ar fi trebuit sa fie corect prezentate, erorile mai sus descrise fiind apreciate ca neconformitati de catre Consiliu.

5. Cea de-a cincea critica formulata de contestator se refera la - necorelarea dintre propunerea financiara si oferta tehnica in ceea ce priveste functionarea utilajelor de tip „freza rutiera". Din documentele aflate la dosarul cauzei se confirma sustinerile contestatorului in sensul in care un singur utilaj de tipul „freza rutiera" (în lista de utilaje din anexa 1 la contractul de închiriere utilaje -pag. 517 din oferta SC ..... SRL- se regăsește doar o freză) nu poate acoperi cele 3808 ore de functionare necesare in termenul total de executie al lucrarii, de 18 luni, dar Consiliul nu va retine acesta neconcordanta ca fiind o neconformitate a ofertei.

Atata timp cat prin documentatie nu s-a solicitat explicit un anumit numar de utilaje, posibilitatea suplimentarii numarului de utilaje sau efectuarea de ore suplimentare poate fi acceptata ca explicatie a neconcordantei invocate.

6. Referitor la cea de-a sasea critica formulata, Consiliul apreciaza ca neprezentarea *„Declarației privind respectarea condițiilor de muncă, mediu și sănătate pentru locul de muncă"* nu poate fi considerata un aspect relevant atata timp cat ofertantul si-a asumat ca „*la elaborarea propunerii tehnice a ținut cont de respectarea reglementărilor specifice din domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă, în conformitate cu art. 51, din Legea 98/2016*"

In ceea ce priveste neprezentarea organigramei solicitata potrivit caietului de sarcini (pct. ii. pag. 23), ofertantul SC ..... SRL limitandu-se la a enumera in cadrul formularului 1E modul de acces la un numar de specialisti, aceasta situatie ar fi trebuit sa conduca la depunctarea ofertei in cauza la factorul de evaluare „metodologie propunere tehnica" subpunctul (ii) dar acest fapt ar avea relevanta numai in conditiile declararii admisibile a ofertei.

Analizand in ansamblu, Consiliul constata ca majoritatea criticilor formulate de contestator sunt intemeiate, confirmandu-se aspecte de inacceptabilitate si neconformitate ale ofertei depuse de SC ..... SRL.

Potrivit prevederilor art. 209 din Legea 98/2016:

„(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor

sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

(2) ***Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat***".

Chiar daca, privite individual, anumite aspecte ar fi trebuit sa conduca la solicitarea de clarificari adresate ofertantului, cumulat, oferta contine atat de multe lipsuri si neconcordante incat solicitari de clarificari pentru toate acestea (situatia subcontractantului declarat, documente care sa probeze modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, acordul lipsa cu un laborator autorizat, contradictiile grave privind succesiunea activitatilor, etc) ar determina apariția unui avantaj evident în favoarea ofertantului.

Aceasta, cu atat mai mult cu cat ofertantului SC ..... SRL i s-a permis anterior, tot prin solicitare de clarificari sa-si completeze oferta cu documente esentiale a caror lipsa din oferta trebuia sanctionata cu respingerea acesteia (Listele de cantități pentru execuția lucrărilor fără prețuri, Declarația privind perioada de garanție acordată lucrărilor, Proiectul de contract de lucrări asumat prin semnătură și ștampilă).

In concluzie, Consiliul apreciaza ca, in cauza, sunt incidente prevederile art. 209 alin (2) din Legea 98/2016, autoritatea contractantă nu mai are dreptul sa solicite clarificari vizand toate aspectele de inacceptabilitate si neconformitate constatate deoarece ar determina aparitia unui avantaj nepermis pentru ofertantul SC ..... SRL si se impune, respingerea ofertei depuse de SC ..... SRL ca inacceptabila si neconforma.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit (a) si (b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ..... SRL în contradictoriu cu ..... si va dispune anularea deciziei de declarare admisibila a ofertei SC ..... SRL, anularea raportului procedurii nr. 42260/13.09.2019 si a tuturor comunicarilor subsecvente acestuia.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune continuarea procedurii, dupa indeplinirea dispozitiilor de mai sus, prin reevaluarea ofertei depuse de SC ..... SRL, in sensul respingerii acesteia, conform motivarii, si stabilirea ofertei castigatoare, in termen de 10 zile lucratoare de la comunicarea prezentei decizii.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respinge excepția tardivității contestației, invocată de intervenientul SC ..... SRL.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit (a) si (b) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de ..... SRL în contradictoriu cu .....

Dispune anularea deciziei de declarare admisibila a ofertei SC ..... SRL, anularea raportului procedurii nr. 42260/13.09.2019 si a tuturor comunicarilor subsecvente acestuia.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune continuarea procedurii, dupa indeplinirea dispozitiilor de mai sus, prin reevaluarea ofertei depuse de SC ..... SRL, in sensul respingerii acesteia, conform motivarii, si stabilirea ofertei castigatoare, in termen de 10 zile lucratoare de la comunicarea prezentei decizii.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, respinge cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

....

...